



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXVI ciclo

Tesi di Dottorato

**Prescrizione del reato: tra antica eredità e  
moderne sfide politico-criminali**

*Relatore*

*Prof. Gabriele Fornasari*

*Dottorando*

*Carlos Cabezas*

anno accademico 2012-2013







UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidato: Carlos Cabezas**

# **Prescrizione del reato: tra antica eredità e moderne sfide politico- criminali**

**Relatore Prof. Gabriele Fornasari**

Anno Accademico 2012-2013

**XXVI ciclo**

**Esame finale: 06/03/2014**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Mauro Catenacci, Università di Roma 3**

**Prof. Antonia Menghini, Università di Trento**

**Prof. Daniele Negri, Università di Ferrara**



*A Nally*  
*Grazie per la primavera*





“Il tempo è la sostanza di cui sono fatto. Il tempo è un fiume che mi trascina, e io sono il fiume; è una tigre che mi sbrana, ma io sono la tigre; è un fuoco che mi divora, ma io sono il fuoco. Il mondo, disgraziatamente, è reale; io, disgraziatamente, sono Borges”.

J.L. Borges, *Nuova confutazione del tempo*.

“Man mano che le settimane trascorrono, la speranza e la disperazione si ingigantiscono [in lui] e diventano egualmente intollerabili”.

A. Camus, *Riflessioni*.



# INDICE

<b>Abbreviazioni.....</b>	<b>5</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPITOLO I.....</b>	<b>9</b>
<b>LA PRESCRIZIONE DEL REATO IN GENERALE .....</b>	<b>9</b>
<b>1. Introduzione .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Definizioni e problemi terminologici.....</b>	<b>10</b>
2.1. Definizioni e concetti.....	10
2.2. Problemi terminologici.....	12
<b>3. La prescrizione nel diritto penale contemporaneo. Problemi applicativi.....</b>	<b>16</b>
3.1. Termini di prescrizione.....	18
3.2. La prescrizione intertemporale. Retroattività e irretroattività.....	19
3.3. Sospensione della prescrizione. Reati di “tardiva scoperta”, protezione speciale di certe vittime, imprescrittibilità nascosta. ....	20
3.4. L'imprescrittibilità.....	21
3.5. I diversi effetti del tempo sull'estinzione del reato e sul reato .....	21
3.6. La prescrizione alla sbarra.....	22
<b>4. Giustificazione di uno studio comparato .....</b>	<b>23</b>
<b>5. La prescrizione e il rapporto giuridico stato-cittadino. Il tempo complessivo dell'intervento punitivo .....</b>	<b>24</b>
<b>BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO .....</b>	<b>27</b>
<b>CAPITOLO II .....</b>	<b>29</b>
<b>LA PRESCRIZIONE NEL DIRITTO POSITIVO. UNO STUDIO COMPARATO..</b>	<b>29</b>
<b>1. Il Sistema della prescrizione. ....</b>	<b>29</b>
1.1. Elementi essenziali della prescrizione.....	30
1.1.1. Il decorso temporale. La prescrizione come circostanza che impedisce la punizione...30	
1.1.1.1. Italia .....	31
1.1.1.2. Germania.....	35
1.1.1.3. Cile.....	39
1.1.1.4. Risultati preliminari.....	41
1.1.2. L'arrestamento del tempo .....	44
1.1.2.1. Italia .....	45
1.1.2.2. Germania.....	47
1.1.2.3. Cile .....	51
1.1.2.4. Risultati preliminari.....	54
1.1.3. La perdita del decorso. L'interruzione .....	56
1.1.3.1. Italia .....	57
1.1.3.2. Germania.....	60

1.1.3.3. Cile .....	63
1.1.3.4. Risultati preliminari.....	64
1.2. Elementi non essenziali della prescrizione.....	65
1.2.1. Il decorso del tempo come circostanza attenuante .....	65
1.2.2. Rinunciabilità della prescrizione .....	69
<b>2. Il tempo complessivo dell'intervento punitivo .....</b>	<b>72</b>
<b>BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO .....</b>	<b>75</b>
<b>CAPITOLO III.....</b>	<b>81</b>
<b>FONDAMENTO E NATURA DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO .....</b>	<b>81</b>
<b>1. Introduzione .....</b>	<b>81</b>
<b>2. La discussione sulla natura e fondamento della prescrizione.....</b>	<b>82</b>
2.1. Excursus: le diverse teorie sulla natura della prescrizione .....	84
2.1.1. Appartenenza al diritto penale materiale.....	84
2.1.1.1. Come elemento del reato.....	84
2.1.1.2. Come parte della punibilità .....	85
2.1.1.3. Teorie della pena.....	88
2.1.1.4. Interesse dello Stato e Forza del tempo.....	89
2.1.1.5. Altri principi.....	90
2.1.2. Appartenenza al diritto processuale.....	91
2.1.2.1. Problemi di prova e il rischio delle sentenze ingiuste .....	91
2.1.2.2. Ostacolo al processo .....	91
2.1.2.3. La ragionevole durata del processo.....	94
2.1.2.4. Le c.d. teorie “laiche” .....	95
2.2. Problemi di inquadramento.....	95
<b>3. Verso un diverso fondamento dell’istituto .....</b>	<b>96</b>
3.1. Il tempo nel diritto penale.....	97
3.2. Storia della prescrizione come rivelatrice del fondamento suo fondamento .....	101
3.3. Conclusione provvisoria.....	106
<b>4. Il principio di umanità come fondamento della prescrizione del reato .....</b>	<b>106</b>
4.1. Diverse concezione di umanità.....	107
4.2. Principio di umanità.....	110
4.3. Distinzione fra principio di umanità e certezza del diritto .....	112
<b>5. Conseguenze dogmatiche del principio di umanità come fondamento della prescrizione del reato .....</b>	<b>114</b>
5.1. Natura della prescrizione .....	114
5.2. L’imprescrittibilità.....	119
<b>BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO .....</b>	<b>123</b>
<b>CAPITOLO IV .....</b>	<b>131</b>
<b>LA PRESCRIZIONE DEL REATO E IL SUO RAPPORTO CON IL PROCESSO; SOSPENSIONE ED INTERRUZIONE ALLA LUCE DELLE MODERNE SFIDE POLITICO CRIMINALI .....</b>	<b>131</b>
<b>1. Introduzione .....</b>	<b>131</b>
<b>2. Le difficoltà di trovare un fondamento della sospensione e dell’interruzione ..</b>	<b>133</b>
<b>3. Il principio di umanità come fondamento della prescrizione e il fondamento della sospensione della prescrizione.....</b>	<b>134</b>

3.1. Il rapporto tra processo e diritto penale sostanziale nella configurazione della sospensione .....	140
3.1.1. Proposte di riforma alla prescrizione del codice Rocco e la prescrizione del Cp cileno. Punto di incontro? .....	143
3.1.2. Caratteristiche di certa criminalità moderna e le sfide per il processo (e conseguentemente con la sospensione della prescrizione) .....	148
3.1.2.1. La prescrizione dei reati di colletti bianchi .....	150
3.1.2.1.1. La proposta di direttiva della Commissione Europea per la protezione degli interessi finanziari dell'UE attraverso la legge penale (Dir. Pif) .....	151
3.1.2.1.2. La proposta di Grisch .....	152
3.1.2.1.3. La prescrizione dei reati di violenza sessuale contro minori .....	154
3.1.3. Riassunto. La sospensione come meccanismo per risolvere i problemi del binomio processo/prescrizione. ....	156
<b>4. L'interruzione. Il difficile rapporto con il diritto penale in generale e con il fondamento della prescrizione in particolare.....</b>	<b>159</b>
4.1. Il fondamento "tradizionale" dell'interruzione; critiche.....	160
<b>BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO .....</b>	<b>169</b>
<b>Conclusioni.....</b>	<b>173</b>
<b>BIBLIOGRAFIA GENERALE .....</b>	<b>179</b>
<b>Ringraziamenti .....</b>	<b>191</b>



## Abbreviazioni

APDCP	Anuario de derecho y ciencias penales
BVerG	Corte costituzionale tedesca
Dig. disc. pen.	Digesto delle discipline penalistiche
Dig. disc. priv.	Digesto delle discipline privatistiche
DPP	Diritto penale e processo
Foro It.	Foro italiano
Giur. Cost.	Giurisprudenza costituzionale
JS	Japanstudien
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
StGB	Codice penale
Trad.	Traduzione
TSDP	Teoria e storia del diritto privato
VStGB	Codice di diritto penale internazionale





## ABSTRACT

Questo lavoro ha come obiettivo l'esame dell'istituto della prescrizione del reato, attraverso un'analisi comparata fra tre ordinamenti giuridici (Italia, Germania e Cile) che prende in considerazione anche aspetti di carattere storico e filosofico.

La prescrizione del reato si trova davanti ad importanti sfide politico-criminali, dato che è stata oggetto di sospetti e di diffidenze se posta in relazione con i bisogni ed esigenze della comunità.

In questo scenario risulta di interesse comparare la realtà attuale della prescrizione con il suo sviluppo storico, al fine di ricostruire il complesso quadro contemporaneo, nel senso di determinare se l'attuale fisionomia della prescrizione sia l'ultima tappa di uno sviluppo "fisiologico" o, invece, una pericolosa fuga *dal* diritto penale ed un cambiamento dei principi giuspenalistici ereditati dall'Illuminismo.

La prospettiva comparata, invece, offre la possibilità di analizzare come la prescrizione concretamente operi, al di là del modo in cui è stata recepita negli ordinamenti e delle dispute dottrinarie sul suo fondamento e sulla sua natura.

È però la prospettiva della filosofia giuridica l'unica che può offrire qualche risposta alle questioni più complesse dell'istituto in esame. Come punto di partenza pare essere corretta la tesi secondo cui la prescrizione ha un fondamento collegato alla sicurezza giuridica/certezza del diritto ed alla idea di umanità. Tuttavia, sembra necessario specificare la portata ed operatività di questi principi. In questo senso sembra particolarmente problematico il concetto di sicurezza giuridica, intesa come prevedibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche sfavorevoli.

## CAPITOLO I

## CAPITOLO I

### LA PRESCRIZIONE DEL REATO IN GENERALE

#### *1. Introduzione*

La prescrizione, ormai, è un tema “classico” del diritto penale. Questo si deve ad una serie di motivi. In primo luogo è indubbia la sua imprescindibilità in un sistema penale moderno che deve rispondere a criteri di efficienza; perseguire ed eventualmente dichiarare una condanna per tutti i reati che si verificano in una certa comunità non solo è impossibile, ma anche contrario ai principi cardinali del diritto penale come la estrema ratio, sussidiarietà, frammentarietà, umanità, ecc. Da altro canto la prescrizione mette in discussione e confronta la giustizia materiale che richiederebbe la condanna dei reati con la certezza del diritto che esigerebbe una determinazione temporale a questa esigenza; finalmente si presenta come una forma di estinzione del reato, istituto problematico che accanto – o insieme- alla teoria del reato delimita – o delimiterebbe- il confine tra dogmatica e politica criminale.

Anche gli studi che affrontano la problematicità della prescrizione di solito presentano una struttura “classica”: descrizione, storia, fondamento, natura, sospensione, interruzione. Questa struttura, senza essere sbagliata nei fini proposti per i diversi autori, lascia fuori del dibattito una serie di fenomeni collegati alla prescrizione, alcuni ormai anche classici ma scarsamente studiati, altri decisamente moderni. Questo lavoro si rivolge particolarmente a questi ultimi problemi, senza per questo abbandonare completamente la struttura classica degli studi di questo fenomeno estintivo.

## CAPITOLO I

La storia della prescrizione riconosce anche delle tappe trascendentali del suo sviluppo. Presente come eccezione di una regola generale negli ordinamenti dell'antichità, diventata regola di applicazione comune, a volte ignorata durante il medioevo (ma non completamente), modernamente ha avuto due episodi di enorme importanza: il codice penale francese di 1791, momento in cui è stata consacrata come circostanza estintiva per tutti i reati e il dopoguerra, quando -anche se per una cerchia ridotta in numero ma enorme per la sua intrinseca gravità- è dichiarata come regola generale l'esatto opposto di quella regola generale, cioè, l'imprescrittibilità. Questi due momenti saranno oggetto di analisi nei capitoli seguenti cercando di spiegare questo fenomeno oltre ai fondamenti che la dottrina ha proposto.

### 2. *Definizioni e problemi terminologici.*

#### 2.1. *Definizioni e concetti.*

Bisogna, in primo luogo, definire e delimitare l'istituto.

La prescrizione del reato è una circostanza di estinzione del reato. Dunque, in partenza, non appartiene né alle circostanze c.d., scriminanti né scusanti (e quindi “al reato”) né alle norme di teoria della legge penale perché l'estinzione del reato presuppone per forza la sua precedente esistenza<sup>1</sup>. Comunque, qui si prende il termine prescrizione “del reato” in modo esclusivamente didattico; c'è una copiosa letteratura che respinge questa terminologia e, come si vedrà più avanti in questa stesa introduzione si tratta di un quesito tutt'altro che pacifico e/o banale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ciononostante questo sillogismo “estinzione-presuppone reato precedentemente esistente” è stato criticato come mero logicismo. Cfr. V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta* in *RIDPP*, 3, 2005, pp. 1111-1159, p.1222 .

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, G. FIANDACA, ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*. 5° edizione, Bologna, 2007, pp. 770 e ss.; A. PECORARO-ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967, p. 3 e ss.; E. CUSMANO, *Voce Estinzione del reato e della pena*. In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 13, Roma, 1988, pp. 1-13.

Preliminarmente (e solo preliminarmente) si può dire che la prescrizione si basa sul potere che il tempo provoca sugli accadimenti umani, in modo che trascorso un lasso temporalmente determinato un soggetto che probabilmente ha commesso un reato non sarà più raggiungibile dalla legge penale. Infatti, in determinati circostanze, sarebbe possibile chiudere un processo penale già avviato o semplicemente precludere la possibilità di iniziare uno. Si tratta, dunque, di una delle manifestazioni più potenti dell'autolimitazione del potere statale davanti al cittadino e risponderebbe a diversi principi del diritto penale. Come è agevole capire, si tratta di un problema che, certamente, non appartiene esclusivamente al diritto penale, bensì alla filosofia del diritto come è stato precedentemente e autorevolmente segnalato<sup>3</sup>.

Nel diritto penale ci sono due forme di prescrizione: del reato e della pena. La seconda consiste nella preclusione della possibilità di infliggere la pena imposta passata in giudicato dopo il trascorso di un lasso di tempo determinato dalla legge. Sebbene ambedue le forme di prescrizione producono effetti simili, sarebbe azzardato concludere che i loro fondamenti sono uguali<sup>4</sup>. Questa ricerca si rivolge solo verso la prescrizione del reato<sup>5</sup>.

I codici penali di solito catalogano la prescrizione del reato come una circostanza che estingue il reato<sup>6</sup>. Questo significa in partenza e come abbiamo avvertito all'inizio, che il tempo distrugge qualcosa diversa dal "reato". Altrimenti, la prescrizione sarebbe intesa come una circostanza che indebolisce o semplicemente cancella la tipicità, la antigiuridicità

---

<sup>3</sup> Posteriormente si tratterà più approfonditamente questo punto. Preliminarmente si rinvia all'opera di K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, pp. 67 e ss.

<sup>4</sup> Anche se la letteratura a volte tende a trovare un fondamento unico e comune per tutte due forme di prescrizione (ad esempio R. MAURACH, K.H. GÖSSEL, e H. ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, trad. di J. BÖFFIL GENZCH, Vol. II, Buenos Aires, 1995, p. 968) la stragrande maggioranza degli autori separano chiaramente i fondamenti di queste due forme di estinzione per decorso del tempo.

<sup>5</sup> Sulla prescrizione della pena, istituto scarsamente studiato si rinvia alla magnifica monografia di M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena*, Torino, 2008, che si occupa comunque della prescrizione del reato e che sarà più volte citata in questo lavoro.

<sup>6</sup> Con la notevole eccezione della Germania, dove la prescrizione, regolata nel *StGB* (e non nel codice di rito, come sarebbe forse più coerente con la opinione maggioritaria che ritiene sia un ostacolo al processo) insieme ad altri istituti.

## CAPITOLO I

o la colpevolezza, con effetti *ex tunc*. Invece la prescrizione reca suoi effetti riguardo una entità giuridica, teoricamente almeno, ormai completamente formata<sup>7</sup>. Resta ancora aperto il quesito della punibilità, vuol dire, se la prescrizione può essere ritenuta una circostanza che fa venir meno la stessa possibilità di infliggere una sanzione penale. Ma, come si vedrà più avanti, l'essenza della stessa categoria della punibilità è molto discussa ciò che fa diventare la soluzione dogmatica che include il fenomeno estintivo come un causa di “non punibilità” assai incerta e insoddisfacente<sup>8</sup>.

La prescrizione non è un istituto solo del diritto penale. Infatti, si potrebbe dire che, come tanti altri fenomeni giuridici, ha un'origine prettamente civilistica. Non c'è dubbio che la prescrizione penale è nata nel diritto romano quasi come un doppione della prescrizione del diritto privato, per lo meno di quella estintiva. In questo modo, possiamo perfettamente trovarla in altre branche del ordinamento, come nel diritto amministrativo, commerciale, del lavoro, ecc.<sup>9</sup>

In ogni caso, bisogna stare attenti per non confondere la prescrizione civile e penale. La prescrizione del diritto privato, specie quella estintiva tende ad essere più una vera preclusione dell'azione; invece affermare lo stesso per la prescrizione del reato è più complesso, poiché come vedremo più avanti, una risposta o l'altra ci portano verso risultati diversi riguardo alla natura giuridica dell'istituto.

### 2.2. Problemi terminologici

---

<sup>7</sup> Come vedremo più avanti ci sono autori che, fuori dell'ipotesi della punibilità come elemento del reato, ritengono che la prescrizione distrugge o elimina l'antigiuridicità, come ad esempio R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlino, 1976, p. 204.

<sup>8</sup> Solo per esemplificare questo problema che si approfondirà nei capitoli successivi, si veda, da un lato S. PANAGIA, Voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, pp 659-670, p. 660: “La prescrizione del reato è una causa di non punibilità perché cioè che viene meno al suo verificarsi non è il reato ma la sua concreta punibilità”; dall'altro E. ANTONIONI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990, p. 71: “Ogni tentativo di sistemazione dommatica unitaria del fenomeno estintivo intorno all'idea di punibilità, vincolato come è a schemi concettuali per nulla certi e assai discutibili, si rivela in definitiva inadeguato anche perché trascura il momento della interpretazione dei dati normativi fino ad imporsi, talora, per soddisfare le esigenze dommatiche, sulla lettera stessa della legge”.

<sup>9</sup> Cfr. S. SILVANI, *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009, p. 19.

La prima difficoltà che si trova nell'analisi della prescrizione del reato a livello comparato è la terminologia impiegata dalle diverse legislazioni per determinare cosa si prescrive nella prescrizione. Ad esempio, il legislatore italiano utilizza l'espressione “prescrizione del reato” ex art. 157; di un modo simile, il legislatore spagnolo nell'articolo 130 n. 6 parla di “*prescripción del delito*”; il codice penale del Cile si riferisce alla prescrizione come “*prescripción de la acción penal*”; mentre il codice punitivo tedesco, parla nel §78 di “esclusione della sanzione del fatto”. A questo si aggiunge che la dottrina dei diversi paesi impiega una terminologia che a volte non si collega con le parole della legge: ad esempio, anche si parla di estinzione della responsabilità da reato come una entità di sfumatura diversa alla semplice estinzione del reato o dell'azione.

In questo punto bisognerà chiarire cosa si intende per “reato”, “responsabilità” ed “esclusione della sanzione penale”<sup>10</sup>. Ovviamente si tratta di un chiarimento soltanto iniziale e meramente introduttivo, perché una risposta definitiva solo si può offrire con l'analisi di tutto l'ordinamento penale, anzi, di tutto l'ordinamento giuridico di un paese, argomento che esula gli obiettivi di questa ricerca. Quindi la determinazione concettuale di questi parole solo ha il merito di portare un poco di luce al momento di confrontare le diverse risposte offerte dalla legge penale con la realtà dei fatti, e determinare se i concetti utilizzati dal legislatore sono davvero diversi e, dunque, producono effetti diversi; ovvero si tratta di una questione meramente formale e quindi in qualsiasi ordinamento si prescrive o preclude sempre lo stesso.

---

<sup>10</sup> L'espressione “prescrizione dell'azione penale”, che appare ad esempio nel codice penale del Cile ed è stata presa da altri codici penali, come ad esempio il codice Zanardelli ormai ha perso molto della sua polemica carica iniziale: è vero che la dottrina italiana durante la vigenza del vecchio codice individuava una natura processualistica desunta di questa espressione; ma ci sono motivi per respingere quest'interpretazione anche era anacronistica durante la sua stessa vigenza. Al riguardo E. ANTONIONI, *op. cit.*, p. 16. Nel caso cileno è opinione quasi unanime nella sua dottrina che l'espressione “azione penale” non costituisce un argomento per difendere la natura processuale dell'istituto. Sull'argomento J. L. GUZMÁN DALBORA, *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, 2009, pp. 410-487, p. 412 y ss.

## CAPITOLO I

L'espressione italiana – e in parte la spagnola “prescripción del delito”- sarebbe ammissibile solo sotto un certo accordo sulla struttura del reato. Questo accordo si deve costruire tramite due elementi: a) il reato è un'entità che nasce con la verifica dei suoi elementi: tipicità, antigiuridicità, colpevolezza. La sanzione comminata e, allo stesso tempo, l'impossibilità della sua applicazione non sono parte di questa struttura. La eliminazione del vincolo reato-sanzione si verifica per motivi di opportunità, di limitazione allo ius puniendi, di politica criminale e, quindi, sarebbero sempre esterna al reato<sup>11</sup>. b) il reato è una entità che può nascere e sparire. Se lo estinto è il reato, questo vuol dire che i suoi elementi sono passibili di una dichiarazione di “morte” e possono cessare nei loro effetti. Dietro questa concezione – e dietro la sua critica che nega questa possibilità- si nasconde una questione di filosofia giuridica, cioè, se la condanna penale costituisce una formula costitutiva o meramente dichiarativa di “responsabilità”.

Sul primo elemento, come è noto, non c'è nessun accordo: la punibilità resta ancora istituto di difficile delimitazione. Il problema gira intorno alla questione se esiste un dovere alla sanzione penale che lascerebbe il vincolo reato-pena come un vincolo necessario e anche cercato dalla politica criminale, dove la prescrizione ma anche altri fenomeni estintivi sarebbero solo una concezione che esula gli scopi del diritto penale o se, invece, questo vincolo – comunque di portata squisitamente imperativistica<sup>12</sup>- non è affatto indistruttibile, anzi, in realtà passibile di eccezioni che sono parte del diritto penale, sia perché vincolati allo stesso reato come istituto giuridico, sia perché questi motivi di politica criminale non sono veramente esterni bensì parte del rapporto giuridico tra Stato e cittadino.

---

<sup>11</sup> Se fosse un elemento del reato, allora l'estinzione non potrebbe incidere sul reato perché questo non si sarebbe ancora formato, mancando un elemento -la punibilità di quella condotta. Sull'argomento, F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004, p. 89. Questo spiega in parte la negativa della stragrande maggioranza degli autori che non vedono nei fenomeni estintivi una estinzione del fenomeno giuridico “reato” anche se concepiscono l'esistenza di una categoria diversa al di là del trinomio tipicità-antigiuridicità-colpevolezza. Sul punto ampiamente A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; anche L. STORTONI, Voce *Estinzione del reato*, in *Dig. disc. pen.* 1990, pp. 342-359.

<sup>12</sup> Cfr. L. STORTONI, *op., cit.*, p. 345.



## LA PRESCRIZIONE DEL REATO IN GENERALE

Il secondo elemento di quest'eventuale accordo è molto più oscuro; se il reato fosse una entità che appare e si estingue come una entità di stampo naturalistico o, invece, è in realtà una creazione normativa. La prima posizione, condivisa dalla stragrande maggioranza degli autori concepisce il reato come un fenomeno che, prodotto in un certo momento non può essere cancellato. Così si rivela, ad esempio, tra le parole “l'antigiuridicità non può essere cancellata, non sparisce con il mero trascorso del tempo”; la seconda posizione invece ammette che il reato nasce con la verifica dei suoi elementi strutturali ma può sparire con una dichiarazione giuridica; si estingue il reato (ma quale elemento si estingue? L'antigiuridicità? La colpevolezza? Tutti i suoi elementi?); questa posizione ammette anche un'altra possibilità: che il reato *solo nasce con la sentenza del giudice che dichiara che è stato commesso un reato*<sup>13</sup>. Si tratta, come è ovvio, di una tesi molto polemica per diversi motivi che saranno spiegati in seguito.

L'espressione “responsabilità criminale” o “responsabilità penale” è utilizzata da molte legislazioni ma il suo significato non è del tutto chiaro. Taluni ritengono che si tratta semplicemente del fenomeno della riunione di tutti gli elementi del reato – e quindi, sarebbe solo un altro modo di dire “reato”<sup>14</sup>; altri invece ritengono che la responsabilità sarebbe una entità giuridica diversa dalla mera riunione degli elementi del reato e permetterebbe di distinguere adeguatamente tra il reato che per natura non può sparire o essere cancellato e la responsabilità che, invece, sarebbe passibile di una dichiarazione di questo tipo.

Infine l'espressione tedesca cause di esclusione della pena ovvero di soppressione della pena (*Strafausschließungs – Strafaufhebungsgründe*) è molto più ambigua o meglio, ampia, perché permette includere categorie diverse dalle sole cause di estinzione (ad esempio il recesso attivo); ma esiste accordo che si tratta comunque di circostanze al di là dell'antigiuridicità e della colpevolezza, di solito ritenuti come cause di non punibilità. In

---

<sup>13</sup> Così la tesi in Spagna di R. RAGUÉS Y VALLÈS, *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código penal*, Barcelona, 2004, p. 186; si deve tener conto che questo autore considera che l'ubicazione sistematica della prescrizione è la punibilità (p. 88).

<sup>14</sup> Così, ad esempio in Spagna S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2009, p. 754.

## CAPITOLO I

questo senso sarebbe una espressione simile in significato a “cause di estinzione del reato”<sup>15</sup>.

In questo lavoro si preferirà l'espressione “prescrizione della responsabilità” (e alternativamente, quando corrisponda se si parla del diritto penale italiano, “prescrizione del reato”) perché senza essere assolutamente priva di punti di debolezza, corrisponde di più alla realtà del diritto positivo; l'estinzione di una categoria normativa come il reato non è impossibile, ma la stessa regolamentazione dei codici penali – che conservano certi effetti “non penali” o per lo meno non di sanzione penale- parlano contro l'idea che il reato come entità giuridica si estingua; si tratta, in ogni modo, di una scelta di indole strettamente didattica. Nel terzo capitolo, dove si tratterà il problema del fondamento e natura dell'istituto si cercherà di risolvere la questione, prendendo una delle vie dogmatiche che sembra essere la più corretta e coerente con l'intero sistema del diritto penale, senza dimenticare che i codici possono regolare diversamente queste circostanze.

### 3. *La prescrizione nel diritto penale contemporaneo. Problemi applicativi*

Nonostante la prescrizione sia stata una circostanza presente nel diritto penale pressoché fin dal suo inizio<sup>16</sup>, è possibile parlare di essa con carattere generale solo dalla Rivoluzione francese in poi. Prima, fu un istituto di ampia applicazione, ma con moltissime eccezioni e non mancarono ordinamenti giuridici che negavano in assoluto la possibilità dell'estinzione per il mero trascorrere del tempo. Solo dal Codice penale francese del 1791 si presenta come una circostanza di estinzione di portata generale e la regola tra le legislazioni penali è la prescrittibilità di tutti i reati<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. H.H. JESCHEK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. II, trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1978, p. 756 e ss.

<sup>16</sup> Sul punto, si veda tra altre opere che se citeranno più avanti: F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales*, in *Revista de Derecho UNED*, num. 2, 2007, pp. 435-444, p. 444; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 3, Torino, 1934, pp. 419 e ss.

<sup>17</sup> Tra tante opere che saranno citate posteriormente qui solo M. LORENZ, *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934, p. 15.

Questa situazione resta senza grandi cambiamenti fino all'epoca dei totalitarismi dove, accanto alla deroga del principio di legalità viene anche cancellata la prescrizione. Certamente in ordinamenti incentrati non sull'uomo e la sua dignità bensì su idee che trascendono e superano l'individuo il tempo non è mai un fenomeno che possa distruggere un potere che davanti al cittadino diventa, appunto, totale.

Dopo la fine della II Guerra mondiale gli stati tornarono allo Stato di diritto, alla legalità penale e, di conseguenza, alla prescrizione come regola generale. Tuttavia, le ferite della più atroce conflazione della storia, modificarono in parte le caratteristiche della prescrizione, oltre al fatto che l'attenzione su certi reati propri della modernità hanno riaperto il dibattito sulla prescrittibilità come principio o per lo meno, su certe caratteristiche dell'istituto ancora non abbastanza approfondite<sup>18</sup>.

È su questi problemi odierni della prescrizione a cui si rivolge questo lavoro. Non di rado i quesiti relativi alla estinzione per decorso del tempo nei reati del diritto penale dell'economia o le nuove forme di sospensione della stesa, per citare solo due esempi, sono stati se non dimenticati, assai poco trattati nelle monografie sull'argomento. Questo si deve

---

<sup>18</sup> È paradossale che l'idea di imprescrittibilità è stata condivisa tanto di regimi totalitari come di democrazie occidentali e organismi internazionali di cui non si può muovere nessun rimprovero di mancanza di rispetto ai diritti umani. Comunque questo paradosso è, in realtà, molto più complesso di quanto si può immaginare e ha che vedere, a mio avviso, con lo stesso concetto di diritti umani e i limiti della sua tutela. Una autorevole prova di questo paradosso si può osservare in F. GIUNTA, e D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003: da un lato, a p. 47 si legge “vuoi perché una pena imprescrittibile lascerebbe il reo che attende l'espiazione in una condizione ‘contraria al senso di umanità’: uno stato di precarietà perpetua, di semi-vita dagli effetti tanto più alienanti, quanto più elevato è l'eventuale debito punitivo da estinguere. Vuoi perché l'imprescrittibilità mal si concilia con la finalità rieducativa della pena, nella misura in cui si riconosca ad un tale principio una incidenza sulle astratte tipologie punitive, oltreché sulla pena in concreto”. E, a p. 50: “invece, l'imprescrittibilità non solo pare giustificata, ma rappresenta la logica conseguenza della diversa funzione assoluta in questo contesto dalla pena, che trova la propria spiegazione nella sostanziale estraneità di tali crimini rispetto al raggio d'intervento del diritto penale funzionalmente orientato alla conservazione e al rafforzamento sociale della norma. Nel caso dei crimini contro l'umanità, infatti, l'intervento punitivo, lungi dal perseguire un effetto di reintegrazione, si presta ad assecondare un'istanza retributiva di stampo classico, rendendosi interprete di una giustizia universalmente riconosciuta”. In questo momento non se giudicherà la correttezza di tale argomento; l'intenzione è solo riportare come l'imprescrittibilità diventa un ottima “cavia” per provare i diversi fondamenti della prescrizione del reato.

## CAPITOLO I

al fatto, a mio avviso, dell'intensità della riflessione sulla sua natura e fondamento che impedisce, per questioni di spazio, approfondirne il loro studio.

In questo punto faremo solo un veloce segno riguardo a questi moderni problemi della prescrizione, problemi che saranno risolti solo alla fine di questo lavoro. La problematicità che odiernamente subisce questa circostanza di estinzione solo può essere studiata correttamente e coerentemente dopo la determinazione della sua natura e del suo fondamento, due temi “classici” in tutti gli studi che hanno cercato di spiegare la prescrizione. Senza voler anticipare nessuna conclusione si deve sottolineare che in quanto il lavoro si concentra soprattutto su questi moderni problemi, si prenderà una delle posizioni che hanno sostenuto una certa natura e un certo fondamento, forse con qualche argomento originale che solo pretende di rafforzare le conclusioni ottenute da questi studi per dopo applicarle ai seguenti fenomeni.

### *3.1. Termini di prescrizione*

Simile al problema della misura della pena, il termine della prescrizione presenta non di rado incoerenze e mancanze di proporzionalità che rendono difficile la sua adeguata comprensione. È stato un vecchio principio che il termine prescrizionale corrisponda alla gravità del fatto, desunta dalla misura della pena edittale. Quasi come un riflesso della sproporzionalità della pena, soprattutto detentiva, la prescrizione del reato non sempre rappresenta, temporalmente, il livello di offensività del reato commesso. Non è una coincidenza che le riforme penali, specie quelle odierne, modifichino la pena (nel senso sempre di aumentarla in intensità e durata), senza curarsi che una riforma del genere non solo cambia la sanzione, ma anche il sistema della prescrizione<sup>19</sup>. A questo si aggiunge che

---

<sup>19</sup> Come esempio paradigmatico di questa incoerenza legislativa tra termini di prescrizione e riforme penali si prenda il caso della c.d. legge ex-Cirielli che è finita per collegare il termine di prescrizione alla pena edittale senza curarsi (consapevolmente o inconsapevolmente) della esiguità temporale di certe sanzioni e della complessità di una eventuale indagine; similmente la recentissima riforma ai reati contro la pubblica amministrazione è caduta nello stesso errore. Fuori dall'ambito dell'Italia, in Spagna la legge 5/2010 ha modificato termini di prescrizione su molti reati contro la pubblica amministrazione e di delinquenza economica si imbatte in simili equivoci. Cfr. R. RAGUÈS Y VALLÉS, *La prescripción de los delitos y las penas*:

il legislatore, facendo leva su confusi motivi di politica criminale man mano vede nella prescrizione un problema di efficienza del sistema punitivo (efficienza intesa come quantità di condanne) e procedendo sempre settorialmente, pretende un cambiamento sia nei termini di prescrizione, sia nel sistema dell'interruzione e della sospensione che come è agevole capire, incidono direttamente sulla durata del lasso temporale.

D'altro canto, ci sono certe forme di criminalità moderna che entrano in conflitto con la tradizionale sistematica del nostro istituto e che portano – o potrebbero portare- all'impunità di una quantità non piccola di reati. Un esempio molto chiaro è certa criminalità economica, dove la commissione del reato, la sua scoperta e la successiva punizione tramite un processo è sempre minacciata dall'ombra della prescrizione, sia per che molti di essi rimangono nascosti per diversi motivi, sia per la intrinseca difficoltà delle indagini<sup>20</sup>.

### 3.2. *La prescrizione intertemporale. Retroattività e irretroattività*

Il più tormentato problema della prescrizione è stato la sua “cittadinanza”, cioè, la sua appartenenza al diritto penale materiale o invece al processo penale. In realtà il problema non è esattamente questo, ma se la prescrizione è sottoposta al principio di legalità e quindi al principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole. Il motivo è semplice. Molte delle riforme del dopoguerra avevano come bersaglio la modifica del sistema prescrizionale nel senso sia di allungare termini di prescrizione quasi scaduti sia di dichiarare l'imprescrittibilità di certi reati. Una interpretazione come quella intrapresa dal *BVerfG* tedesco che consente la retroattività di una modifica *in peius* della prescrizione perché non è sottoposta al divieto del Art. 103 II GG è coerente con quella volontà ma, allo stesso tempo, può generare altre conseguenze sul piano dell'interpretazione del principio di

---

*una ocasión perdida*, in J. M. SILVA SÁNCHEZ, (a cura di) *El nuevo Código penal; Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, pp. 220-242.

<sup>20</sup> Sul punto, solo esemplarmente, cfr. M. A. IGLESIAS RÍO, *Caso de <<Los Albertos>>*, in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, (a cura di), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 781-822. Anche nel diritto svizzero D. GRISCH, *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zurigo, 2006.

## CAPITOLO I

legalità che consigliano un prudente approccio a questa linea giurisprudenziale, in ogni modo non esente di critiche nella dottrina tedesca<sup>21</sup>.

### 3.3. *Sospensione della prescrizione. Reati di “tardiva scoperta”, protezione speciale di certe vittime, imprescrittibilità nascosta.*

Il fenomeno dell'impunità -che a ben vedere se non diventa una patologia del sistema penale sarebbe un risultato perseguito da una politica criminale razionale- di certi reati che ledono beni giuridici di diversi livelli di gravità ma che modernamente sono ritenuti dalla popolazione assolutamente bisognosi di una reazione penale forte -nel senso sempre di una condanna- hanno portato il legislatore a cercar di chiudere le porte a questa possibilità, sia attraverso un aumento costante della pena edittale, sia tramite un allungamento dei termini di prescrizione. I reati che sono stati il bersaglio di questa politica criminale sono particolarmente quelli che si possono chiamare “di tardiva scoperta”, ovvero reati che sia per le caratteristiche dell'azione, dell'agente o della vittima impediscono che la notizia criminis arrivi all'autorità o, anche se arrivate all'autorità, la sua complessità compromette il successo dell'indagine e quindi una eventuale condanna. Costituiscono esempi di questa categoria particolare e non esente da problemi politica criminali i reati di violenza sessuale quando la vittima è un minorenni e i reati contro interessi economici.

Il problema che portano queste modifiche al sistema della prescrizione del reato è che sono state fatte con una mancata riflessione sul fondamento del nostro istituto, mancanza di riflessione che si mostra in tutta la sua evidenza quando si cerca di armonizzarle con le altri due fenomeni che costruiscono, insieme ai termini, il “sistema della prescrizione”: la sospensione e l'interruzione. In questo modo si spiega come le modifiche, ad esempio che fanno coincidere il *dies a quo* del termine prescrizione con il compimento della maggiore età delle vittime nasconda una vera imprescrittibilità implicita, forse anche cercata a livello

---

<sup>21</sup> Sulla storia sia delle modifiche successive dei termini di prescrizione, sia della giurisprudenza del *BverfG*, cfr. G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993., pp. 331 e ss.; A. SAMBALE, *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag*, Amburgo, 2002.

politico, specie quando siamo davanti a determinate vittime. Quindi bisogna approfondire la ricerca di questi nuovi fenomeni, una questione che è rimasta come secondaria davanti ai classici problemi filosofici della prescrizione, quali ad esempio la natura giuridica dell'istituto.

### *3.4. L'imprescrittibilità*

Reati imprescrittibili sono esistiti dall'antichità più remota; solo se prendiamo il diritto penale romano ci accorgeremmo che, infatti, l'imprescrittibilità è stata la regola durante buona parte della sua storia. Perfino in molti ordinamenti odierni ci sono reati nei quali l'estinzione per questa causa è vietata. Ma, contemporaneamente fino alla creazione della Corte Penale Internazionale (CPI) la stragrande maggioranza dei codici penali prevedevano la prescrizione. Da questo punto di vista le norme che precludono questa possibilità potrebbero giudicarsi come un'anomalia difficile da giustificare, dato che i reati imprescrittibili degli ordinamenti nazionali sono stati anche sottoposti a critiche. Allora, bisognerà trovare un fondamento ragionevole all'imprescrittibilità come regola generale nel Diritto penale internazionale e, senza voler anticipare nessun risultato, sembra difficile arrivare a quel traguardo senza rinunciare a certe idee e principi del diritto penale classico<sup>22</sup>.

### *3.5. I diversi effetti del tempo sull'estinzione del reato e sul reato*

Anche se la fisica e la filosofia hanno da tempo individuato – ed è un fenomeno che anche noi possiamo perfettamente percepire- che gli effetti del tempo non sono mai “automatici” bensì gradualmente, la prescrizione provoca l'estinzione del reato con il semplice arrivo del traguardo temporale fissato dalla legge. “Oggi è reato, domani invece no”. Certamente il legislatore, con l'obbiettivo di non perturbare la sicurezza giuridica e la certezza del diritto è obbligato ad indicare una data precisa, generalmente una quantità di anni o mesi dopo la

---

<sup>22</sup> Sull'argomento dell'imprescrittibilità si rinvia all'opera di Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Francoforte, 2005, che sarà citata più volte nel presente lavoro.

commissione del fatto dopodiché il reato viene dichiarato estinto. Tuttavia sembra questo meccanismo innaturale, questione che è stata affrontata da qualche ordinamento che prevede se non l'estinzione del reato, meccanismi di attenuazione della responsabilità. Questa scelta legislativa, eccentrica per la stragrande maggioranza degli ordinamenti non si deve trascurare, dato che possibilmente nasconde una concessione del tempo molto più sviluppata e consapevole delle particolarità del tempo come fenomeno fisico e psicologico che dovrebbe anche avere un riflesso sul piano della comminazione penale<sup>23</sup>.

### 3.6. *La prescrizione alla sbarra*

Nella società contemporanea, qualsiasi fenomeno che porta verso l'impunità è guardato con estrema sfiducia. La giustizia penale è ritenuta uno strumento per produrre giustizia prima che un sistema ispirato soprattutto all'idea opposta, o meglio, a non agire se possibile<sup>24</sup>. Questo si rivela molto più gravi davanti alla prescrizione dove, come di solito si sostiene, gli elementi del reato restano indenni. Perciò la prescrizione si presenta agli occhi della società civile come sospetta dell'inefficienza del sistema penale (dove efficienza sarebbe uguale a punizione) o per lo meno un sintomo di quest'inefficienza, senza curarsi che probabilmente si tratta di una manifestazione fisiologica della giustizia penale ancorata sull'idea di *ultima ratio* e frammentarietà; o, se patologica, quello non dipende solo della configurazione di questa circostanza ma anche da altri fattori del sistema penale come la cornice editale, le circostanze di sospensione ed interruzione, le risorse degli organi della persecuzione, questioni di politica criminale e di persecuzione, ecc.<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sono i casi del codice penale cileno che nell'articolo 103 prevede una attenuazione della pena per tutti i reati se l'imputato si presentasse o fosse scoperto dopo aver compiuto la metà del termine di prescrizione e del codice penale dell'Austria che nel § 57 comma 1° indica che i reati minacciati con l'ergastolo e con pene detentive tra dieci e vent'anni – di regola imprescrittibili- se trascorsi vent'anni dalla sua commissione diventano reati minacciati solo con una pena detentiva “temporale” di una cornice editale tra dieci e vent'anni.

<sup>24</sup> Ampiamente sull'argomento J. M. SILVA SÁNCHEZ, *¿Nullum Crimen sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho a la víctima al castigo del autor"*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol 29, numero 86-87, 2008, pp. 149-171.

<sup>25</sup> Per una parte importante della dottrina, questo fenomeno si collega, come è agevole concludere, con il riposizionamento della vittima nel processo penale. In estenso sull'argomento V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, pp. 135 e ss.



4. *Giustificazione di uno studio comparato*

Oggi risulta interessante - per meglio capire i problemi che deve affrontare la dottrina penale quando si parla di prescrizione – uno studio comparato, perché ci sono importanti differenze tra i diversi sistemi al momento di regolare questo istituto. In questo lavoro si sceglie di approfondire lo studio dei sistemi italiano, tedesco e cileno per vari motivi.

Uno studio della prescrizione difficilmente può eludere la Germania. Il sistema tedesco, come è noto, ha dovuto fare i conti con il suo passato recente (*Vergangenheitsbewältigung*) e, diversamente di altri paesi, la strada percorsa è stata, per due volte in meno di cento anni, la strada penale, dove la prescrizione del reato si presentava come uno ostacolo alla punizione di alcuni dei peggiori attentati contro la dignità umana che la storia registra. In questo modo, la prescrizione è stata prima allungata, dopo interrotta e, infine, abolita per i reati di genocidio; a questo si aggiunge la c.d., teoria processuale della prescrizione che permette la sua retroattività senza ledere il principio di legalità e irretroattività della legge più severa secondo l'articolo 103 II GG, interpretazione che ha fatto sua la Corte costituzionale tedesca. Nonostante questa sia la opinione prevalente della dottrina e della giurisprudenza, ci sono voci autorizzate che si oppongono a questa considerazione della prescrizione come mero ostacolo al processo e, in un certo modo, hanno sviluppato visioni diverse dalle tradizionali, soprattutto riguardo al fondamento e natura della prescrizione del reato che meritano la nostra attenzione.

L'Italia invece rappresenta un diverso interesse. Ancorata ad una visione classica sull'estinzione per decorso del tempo, negli ultimi decenni ha subito successive riforme che hanno modificato radicalmente il suo volto senza risolvere i problemi che la hanno trasformata in una delle cause dell'inefficienza della sua giustizia penale. Attesta questo interesse l'ingente quantità di lavori scientifici sulla prescrizione, tra monografie e articoli negli ultimi dieci anni. La riflessione filosofica e penalistica, che va dalla sua astratta giustificazione fino ai rapporti col processo, sono di estrema utilità.

## CAPITOLO I

L'esperienza cilena, che conosce ancora il codice penale vigente più antico dell'orbe, si presenta come una via di mezzo tra le due esperienze riportate precedentemente. Anche il Cile ha avuto il suo *Vergangenheitsbewältigung* dove la prescrizione ha giocato un difficile e polemico ruolo, oltre al fatto che la stessa regolamentazione della prescrizione presenta delle importanti peculiarità, come, ad esempio, l'istituto della prescrizione graduale o “*media prescripción*” che comporta un'attenuazione della pena purché si sia verificata la metà del tempo della prescrizione, norma che determina che alcuni imputati ritenuti responsabili di reati contro l'umanità abbiano beneficiato di questa attenuazione e siano stati sottoposti poi a pene detentive bassissime che di solito comportano misure alternative alla detenzione, finendo per compiere queste sanzioni in libertà, fenomeno che la comunità ritiene ingiustificato e quasi una beffa contro le vittime e i loro parenti<sup>26</sup>.

Non essendo parte dell'esame comparato, si rende comunque necessaria l'analisi di un altro ordinamento: l'Austria ma solo per quello che riguarda norme di particolare rilevanza per lo scopo della ricerca. Nel caso dell'Austria si tratta della norma che prevede per il caso di reati puniti con l'ergastolo una attenuazione della pena purché trascorsi 20 anni dal momento della commissione del fatto – essendo sostituito l'ergastolo per una pena da 10 a 20 anni- , un caso simile alla prescrizione graduale del Cp cileno.

### 5. *La prescrizione e il rapporto giuridico stato-cittadino. Il tempo complessivo dell'intervento punitivo*

---

<sup>26</sup> Per forza nell'analisi del sistema cileno si rimanderà molta letteratura spagnola per due motivi: il primo è che il Cp spagnolo è stato la base del suo omonimo cileno, anche se c'è da dire che su questo punto in particolare si è allontanato dalla regolamentazione dell'istituto prescrizione del codice spagnolo del 1848; comunque, resta il fatto che nella sua matrice è *diritto penale spagnolo* per lo meno del XIX secolo; il secondo motivo è la scarsità di lavori scientifici sull'argomento nella dottrina cilena la quale sempre è stata debitrice dalla sua omonima peninsulare come attestano tante opere del diritto penale cileno (infatti, c'è solo una opera monografica sull'argomento il libro di G. YUSEFF, *La prescripción penal*, 3ª edizione, Santiago, 2009), nonostante la continua crescita della quantità e qualità delle opere nazionali durante gli ultimi 20 anni. Su questo recente fenomeno, si veda P. LAZO, *La productividad de la ciencia jurídico-penal chilena*, in *Política Criminal*, n° 4, 2007, p. 1-3, disponibile in [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/d\\_4\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_4_4.pdf)

## LA PRESCRIZIONE DEL REATO IN GENERALE

Tradizionalmente la prescrizione come oggetto di studio si scompone in diversi problemi per così dire “classici”: definizione, natura giuridica, fondamento, sospensione e interruzione. Il presente lavoro ritiene sbagliato questo approccio classico al tema, per un semplicissimo motivo. Sarebbe erroneo cercar il fondamento e natura dell'istituto, di un qualsiasi istituto giuridico senza avere davanti agli occhi la sua totale struttura. Qui si difenderà la tesi che la prescrizione solo si può capire correttamente se si studia *insieme* alla interruzione e alla sospensione poiché questi tre fenomeni – decorso del tempo “naturale” o termini di prescrizione e decorso “artificiale”, cioè, le circostanze interruttive e sospensive-costruiscono un fenomeno che qui se nominerà come “tempo complessivo dell'intervento punitivo” costituito dal lasso temporale in cui lo stato, in un rapporto giuridico-penale col cittadino, può esercitare il potere sanzionatorio – composto tanto dalla pena come conseguenza giuridica quanto dal processo come condizione di questo esercizio. Per chiarire questo punto si prenda come esempio un ordinamento che dichiarasse che tutti i reati si prescrivono in un certo lasso temporale massimo di pochissimi anni; ma, allo stesso tempo, prevede molte circostanze interruttive senza considerare un termine di “prescrizione massima” portando come risultato che pochi reati effettivamente si prescrivano. In questo caso la dichiarazione del legislatore in ordine a contemplare la prescrizione come una regola generale sarebbe smentita non solo dalla realtà fenomenica, ma dalla stessa legge penale che fa diventare, nei fatti, tutti i reati imprescrittibili.

Un secondo motivo per prendere questa strada risiede nel fatto che mentre esiste una certa uniformità tra i diversi sistemi rispetto i termini di prescrizione, per quello che riguarda la sospensione e l'interruzione domina la più assoluta arbitrarietà al momento di determinare le circostanze che producono uno e l'altro fenomeno. Se potrebbe ipotizzare che il motivo di questa arbitrarietà risiede nel fatto che la dottrina, spezzando l'analisi della prescrizione in compartimenti differenziati non è riuscita a provvedere linee guide abbastanza ferme e consapevoli della complessità dell'istituto, lasciando quindi al legislatore il compito di determinare l'altra parte del meccanismo prescrizionale. Sarebbe come se la dottrina avesse consegnato una macchina ma senza i freni o, per lo meno, con una spiegazione generica su come funzionano, senza specificare *quando e come* devono funzionare questi freni.

## CAPITOLO I

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO

- ANTONIONI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990.
- CUSMANO E., Voce *Estinzione del reato e della pena*, vol. 13, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, pp. 1-13.
- DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- ENGISCH K., *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.
- FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*. 5° edizione. Bologna, 2007.
- GRISCH D., *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zurigo, 2006.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487.
- HONG Y., *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Francoforte, 2005.
- IGLESIAS RÍO M. A., *Caso de <<Los Albertos>>*, in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, (a cura di), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* Madrid, 2011, pp. 781-822.
- LAZO P., *La productividad de la ciencia jurídico-penal chilena*, in *Política Criminal*, n° 4, 2007, p. 1-3, disponibile in [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/d\\_4\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_4_4.pdf)
- LORENZ M., *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934.
- MANTOVANI M., *La prescrizione della pena*, Torino, 2008.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 3, Torino, 1934.
- MAURACH R., GÖSSEL K.H., e ZIPF H., *Derecho penal. Parte general*, trad. di J. BÖFFIL GENZCH, vol. II, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2009.
- PANAGIA S., Voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, pp 659-670.
- PECORARO-ALBANI A., *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967.

## CAPITULO I

PEDREIDA GONZÁLEZ F., *Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales*, in *Revista de Derecho UNED*, num. 2, 2007, pp. 435-444.

PEDREIDA GONZÁLEZ F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004.

RAGUÈS Y VALLÈS R., *La prescripción de los delitos y las penas: una ocasión perdida*, in J. M. SILVA SÁNCHEZ, (a cura di) *El nuevo Código penal; Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, pp. 220-242.

RAGUÈS Y VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código penal*, Barcelona Atelier, 2004.

S. SILVANI, *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009.

SAMBALE A., *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag*, Amburgo, 2002.

SILVA SÁNCHEZ J. M., *¿Nullum Crimen sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho a la víctima al castigo del autor*, in *Derecho Penal y Criminología*, vol 29, numero 86-87, 2008, pp. 149-171.

STORTONI L., *Voce Estinzione del reato* in *Dig. disc. pen.*, 1990, pp. 342-359.

VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012.

VALENTINI V., *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta* in *RIDPP*, 3, 2005, pp. 1111-1159.

YUSEFF G., *La prescripción penal*, 3ª edición, Santiago, 2009.

## CAPITOLO II

### LA PRESCRIZIONE NEL DIRITTO POSITIVO. UNO STUDIO COMPARATO

#### *1. Il Sistema della prescrizione.*

Come si cercherà di dimostrare nel presente lavoro, la prescrizione si configura attraverso elementi essenziali ed elementi secondari che rappresentano ciò che più avanti sarà chiamato “tempo complessivo dell'intervento punitivo”. Questi elementi, particolarmente gli essenziali o primari devono studiarsi insieme con l'obiettivo di ricostruire coerentemente l'istituto; non di rado si prende la strada opposta di esaminare separatamente ogni elemento, con il rischio di falsare l'esatta rappresentazione della prescrizione in un ordinamento.

Per determinare il concetto di ognuno di questi elementi si esaminerà il modo in cui la legge e la dottrina dei diversi ordinamenti che sono impegnati in questo lavoro regolano l'istituto della prescrizione. Poi si cercherà di arrivare ad un concetto unitario, almeno provvisorio della prescrizione del reato.

Nell'analisi che in seguito si propone, si cercherà di delineare l'istituto della prescrizione dei diversi ordinamenti nella loro generalità, isolando le caratteristiche nell'astrattezza della legge, senza comunque trascurare gli aspetti specifici di certi elementi quando sia pertinente introdurre qualche precisazione ovvero se riguardo un particolare aspetto non c'è accordo della dottrina o della giurisprudenza. Anche per questo motivo non saranno qui approfonditi altri problemi dogmatici e filosofici come ad esempio la natura della prescrizione in ogni ordinamento o la collocazione sistematica dell'istituto, tranne qualche riferimento generale; questi problemi saranno trattati nel III e IV capitolo. Neppure saranno

## CAPITOLO II

affrontati problemi pure classici, come il computo in certe categorie di reato, ad esempio nei reati permanenti e continuati. In ogni modo per il dettaglio di questi problemi si rinvia alla dottrina riportata nelle note.

### *1.1. Elementi essenziali della prescrizione*

Gli elementi essenziali della prescrizione sono quelli che determinano *il trascorso, l'arrestamento e la perdita del tempo trascorso*. Allo stesso tempo sono parte dell'analisi di questi elementi l'effetto o gli effetti che scattano della sua verifica.

#### *1.1.1. Il decorso temporale. La prescrizione come circostanza che impedisce la punizione*

In termini molto sintetici si può dire che il decorso di un determinato lasso temporale fa cessare la possibilità di applicare una sanzione penale per la commissione di un reato. Questo lasso temporale dal momento della commissione (ovvero dal momento in cui la legge penale indica che comincia il decorso o *dies a quo* ) fino all'ultimo giorno di quel lasso o *dies ad quem* configura il *termine di prescrizione del reato*, mentre l'effetto del compimento di questo decorso temporale si chiama *prescrizione*. Quindi la prescrizione non è il termine o lasso temporale, piuttosto l'istituto giuridico che è la conseguenza di tutto il decorso temporale; *ma il decorso è elemento essenziale di quell'effetto giuridico*. Prescritto il reato la conseguenza essenziale è l'impossibilità del assoggettamento a una pena per l'eventuale reato commesso; accanto a questo effetto primario ci sono altri effetti, particolarmente in sede civile. Vediamo come questo primo elemento è regolato dai diversi ordinamenti. L'analisi verrà fatto in questo modo: 1) si cercherà in primo luogo di determinare se c'è qualche definizione o concetto nella legge penale; 2) poi, isolare il modo in cui si determina il decorso temporale in astratto e, finalmente 3) il momento del *dies a quo* e del *dies ad quem*; e le conseguenze del compimento di questo decorso.



1.1.1.1. *Italia*

Il concetto di prescrizione nella penisola italica è, senz'altro erede della tradizione romana. Durante il medioevo, fatta eccezione dei territori dove era vigente il diritto germanico, pare che la prescrizione sia stata accettata per certi reati; l'inesistenza di una parte generale faceva sì che la prescrizione fosse regolata per determinati reati. I giuristi del tardo medioevo – Claro, Marsilio, Farinaccio-, con la recezione del diritto romano svilupparono l'istituto quasi come modernamente si conosce: di loro siamo debitori, ad esempio, dei diversi termini di prescrizione per la gravità dei reati, delle regole di computo dei reati permanenti e continuati, della regola per l'inizio del computo, tra altri contributi<sup>1</sup>. D'altronde, prima dal XVIII secolo la prescrizione compare e scompare delle legislazioni ma di regola resta come una disposizione con effetto generale<sup>2</sup>.

Come in altri ordinamenti, la prescrizione prenderà un importante progresso con la rivoluzione francese, malgrado il rifiuto nel suo confronto dagli illuministi. Nei codici preunitari appare in tutti, con diverse intensità<sup>3</sup> riflettendo in misura maggiore o minore i principi dell'Illuminismo. I più severi per quanto riguarda i termini, senz'altro, il codice gregoriano e dopo l'estense: 30 anni per i reati puniti con la morte o con pene perpetue; il più mite e vicino alla legislazione francese il Codice per il Regno di Parma, Piacenza e Guastalla, con 10 anni il massimo; la collocazione originale è sempre nei codici di procedura, similmente al *Code d'instruction criminelle*: così il codice per il Regno delle due Sicilie, il codice per il Regno di Parma; mentre va più avanti il secolo cambia anche la topologia dell'istituto, passando dal codice di rito al codice sostanziale: Tra i primi il Gregoriano che identifica la prescrizione come una causa di estinzione del delitto; il codice

---

<sup>1</sup> Si veda V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 3. Torino, 1934, p. 422.

<sup>2</sup> Così A. PERTILE, *Storia del Diritto penale italiano*, vol. 5, Bologna, 1966., p. 171 e ss.; gli stati italiani, all'inizio, non diedero nessuna regola sulla materia e quindi si applicavano i principi sviluppati dai giuristi pratici; comunque, qualche legislazione cercò di ridurre i termini, come lo statuto di Padua del 1276 o lo statuto di Bologna del 1561; dopo si è verificato il movimento opposto: il prolungamento dei termini, come nella legge Fiorentina del 1438

<sup>3</sup> Per un approfondito studio della prescrizione del reato nei codici preunitari si rimanda a S. SILVANI, *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009, pp. 67 e ss.; anche A. PERTILE, *op., cit.*, pp. 173 e ss. e E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 3ª edizione, Napoli, 1871. p. 379.

## CAPITOLO II

estense anche regola l'istituto nel codice penale, come causa di estinzione dell'azione; il codice sardo-piemontese, invece, come causa di estinzione del reato.

L'imprescrittibilità dei reati appare spesso come eccezione e riservata ai reati più gravi: per i reati di lesa maestà (codice gregoriano, estense e sardo-piemontese); per certi reati di particolare gravità come il parricidio (codice estense), reati contro la religione e sicurezza interna ed esterna (codice sardo-piemontese) o semplicemente puniti con la pena di morte (codice del Regno delle due Sicilie)

Il Codice Zanardelli accoglierà molte di queste disposizioni, che corrispondevano al sentimento dell'epoca; così, viene introdotta tra le disposizioni riguardanti l'estinzione del reato, nel codice penale, allontanandosi dalla concezione processualista francese<sup>4</sup>; diversamente dei suoi diretti precedenti, il termine è fissato sulla pena in concreto (con la formula "se al imputato si sarebbe dovuto infliggere..."). I termini vanno dai venti anni per i reati puniti con la morte e l'ergastolo fino ad un anno per i reati punibili con pene di polizia. Il termine decorre dal giorno della consumazione se il reato è consumato e dal giorno in cui fu commesso l'ultimo atto di esecuzione se il reato è tentato; come tradizionale fin dall'epoca dei pratici, c'è una regola per i reati continuati di particolare severità: dal giorno della cessazione della consumazione. Non ci sono previsioni espresse di imprescrittibilità: l'art. 98 solo ci dice che la prescrizione estingue l'azione penale "salvi i casi pei quali la legge abbia altrimenti disposto".

Lo Zanardelli è stato un codice che, da un modo o dall'altro, è arrivato troppo tardi per la sua epoca. Fin dalla sua nascita ha subito le critiche della scuola positiva, scuola che con diversi argomenti arrivava alla stessa conclusione dell'illuminismo settecentesco per quello che riguarda la prescrizione: diffidenza e rifiuto<sup>5</sup>. Non stupisce, allora, le aspre critiche

---

<sup>4</sup> S. SILVANI, *op. cit.*, p. 94

<sup>5</sup> La disamina di argomenti filosofici e dogmatici contro la prescrizione sarà affrontata nel capitolo III.

rivolte alle disposizioni del Codice del Regno<sup>6</sup>. Alcune di queste critiche sono poi ricevute dal Codice Rocco e costruiscono il suo attuale volto<sup>7</sup>.

La prescrizione del reato è regolata nell'ordinamento penale italiano nell'art. 157 e successivi del Titolo sesto del Cp nominato "Della estinzione del reato e della pena"<sup>8</sup>. L'art. 157 non definisce cosa si deve comprendere per prescrizione – come appare logico, si deduce che si tratta di una circostanza di estinzione- piuttosto quello che precedentemente ho chiamato il *decorso temporale*: questo corrisponde "al massimo della pena edittole stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di un delitto e quattro anni se si tratta di una contravvenzione" – e quindi una vera "clausola di equivalenza"<sup>9</sup>. Il comma secondo stabilisce che per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto né delle diminuzioni per le attenuanti né l'aumento per le aggravanti<sup>10</sup>, tranne quelle a effetto speciale, come la recidiva<sup>11</sup>. L'ultimo comma prevede che i reati

---

<sup>6</sup> La diffidenza è evidente nel progetto del Ferri. Cfr. S. SILVANI, *op., cit.*, p. 99.

<sup>7</sup> Per la disamina di queste disposizioni, si veda S. SILVANI, *ivi*, p. 106 e ss.

<sup>8</sup> Come è noto dal 2005 la disciplina della prescrizione è stata modificata tramite la c.d. legge *ex-Cirielli* che ha avuto come bersaglio il nostro istituto e la recidiva, con il chiaro obiettivo di inasprire la regolazione codicistica. In dettaglio su questa polemica e criticata riforma, si veda S. SILVANI, *Brevi note sulla riforma della disciplina della prescrizione del reato come proposta dal progetto c.d., ex-Cirielli*, in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 119-131.

<sup>9</sup> Molte perplessità sono scaturite da questa modifica perché non ha avuto conto, ad esempio, di certi problemi pratici specie per i reati di competenza del Giudice di pace. Sul punto e il confuso percorso che la dottrina ha adottato fino ad oggi, cfr. G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 4<sup>a</sup> edizione. Milano, 2012, p. 383.

<sup>10</sup> Questa è stata forse l'unica parte della riforma della legge *ex-Cirielli* giudicata positivamente dalla dottrina, perché, tranne il caso delle aggravanti a effetto speciale, questa riforma esclude la possibilità di arbitrio del giudice, situazione criticata prima della modifica. Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4<sup>a</sup> edizione. Torino, 2011, p. 579

<sup>11</sup> Mentre l'originale art. 157 indicava che si dovesse tener conto dell'aumento degli aggravanti e delle diminuzioni delle attenuanti, e il collegamento con l'art. 69 nel caso di concorso di circostanze, il nuovo art. 157, proibisce sia il meccanismo del concorso di circostanze, sia l'utilizzo delle circostanze per determinare il tempo prescrizione, tranne quelli aggravanti (e solo aggravanti) a effetto speciale, nel qual caso si deve tener conto dell'aumento massimo di pena. In questo gruppo di circostanze, gioca un ruolo preponderante la recidiva. I suoi effetti sono particolarmente forti nel caso della recidiva del quinto comma dell'art. 99, dato che l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio e non inferiore a un terzo della pena da infliggere, ostacolando la facoltatività del giudice guadagnata nella riforma del 1974. Tra tanti studi critici di questa riforma, cfr. S. VINCIGUERRA, *A proposito del rapporto fra la prescrizione c.d. del reato e la ragionevole durata del processo*, in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di) *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e*

## CAPITOLO II

puniti con l'ergastolo sono imprescrittibili, anche se si arriva all'ergastolo tramite le circostanze aggravanti<sup>12</sup>.

L'art. 158 ci dice che la decorrenza del termine di prescrizione inizia per il reato consumato, dal giorno della consumazione; invece per il reato tentato dal giorno in cui è cessata la permanenza. I reati che fanno dipendere la punibilità dal verificarsi una condizione iniziano il decorso della prescrizione dal giorno in cui la condizione si è verificata. Invece si applica la regola del primo comma nei reati punibili a querela o richiesta<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda gli effetti, l'art. 129 del C.p.p. prevede che la dichiarazione di reato estinto si verifica appena il giudice riconosce la causa estintiva, in ogni stato del processo, tramite una sentenza di non doversi procedere<sup>14</sup>; l'estinzione solo ha effetto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce, ex-art. 182 C.p., (l'effetto personale delle cause di estinzione); ma l'estinzione del reato non comporta l'estinzione degli obblighi civili derivanti dal reato (art. 198) e di un reato estinto si deve tener conto comunque per la recidiva (art. 106) tranne il caso che ci sia intervenuta la riabilitazione ex art. 178.

Insomma: la prescrizione in Italia, in termini generali, si verifica quando è trascorso un determinato tempo dal momento della commissione del fatto; il giudice deve dichiararla in

---

*rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 93-103. Anche G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, 5ª edizione, Bologna, 2007, pp. 781-783.

<sup>12</sup> L'Italia ancora non dispone di una legge di attuazione del Trattato di Roma e quindi nella legislazione nazionale non ci sono norme specifiche che puniscano fattispecie come i reati contro l'umanità o il genocidio. Su questa problematica e i progetti per adeguare la normativa italiana E. FRONZA, *Il principio di complementarità*, in V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, E. AMATI, *Introduzione al diritto penale Internazionale*, Milano, 2010, p. 68 e ss.

<sup>13</sup> La riforma del 2005 ha abrogato la vecchia redazione dell'art. 158, togliendo il riferimento al reato continuato; il testo previgente disponeva che "il termine della prescrizione decorre...per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione", impianto di notevole severità trattandosi di una fattispecie orientata politico-criminalmente in beneficio dell'autore. Su questo impianto e i motivi retrostanti, che hanno a che vedere con la concezione della prescrizione che sosteneva il legislatore del '30, cfr. S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., p. 241.

<sup>14</sup> Sulla natura di questo tipo di provvedimento, campo di battaglia delle posizioni che difendono la natura sostanziale ovvero processuale della prescrizione, E. CUSMANO, *Voce Estinzione del reato e della pena*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 13, Roma, 1988, pp. 1-13. p. 3 e ss. Di recente, con una nuova lettura sul particolare V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, p. 1111-1159.

qualsiasi stato del processo; la prescrizione comporta l'estinzione del reato (*rectius*: l'impossibilità di sanzionare quella condotta ipoteticamente criminale con una sanzione penale) ma restano indenni altri effetti come la responsabilità civile e la recidiva.

#### 1.1.1.2. Germania

Storicamente, la prescrizione arriva pienamente al diritto penale tedesco durante il medioevo, con la recezione del diritto comune<sup>15</sup>; ma c'erano precedenti nel diritto Germanico<sup>16</sup>. Nel tardo medioevo, per l'influsso della dottrina italiana<sup>17</sup>, la prescrizione fu conosciuta ma esclusa per molti reati, specie quelli più gravi<sup>18</sup>. Ma sempre conservando il carattere di prescrizione dell'azione (*rectius*: della querela) propria della concezione di giustizia penale dell'epoca. Nelle fonti dell'epoca è abituale trovare l'imprescrittibilità per i reati più gravi, come nel *Sachsenspiegel*<sup>19</sup>. La concezione civilistica del diritto penale e quindi del processo solo si perde quando arriva la comprensione del reato non solo come una offesa contro interessi particolari, bensì come una frattura della pace sociale<sup>20</sup>. Il primo passo, il processo inquisitorio, per le sue caratteristiche in ogni modo allungò i termini di prescrizione, già ridotti (per lo meno per alcuni reati che avevano nelle diverse fonti termini di prescrizione brevi) nelle fonti di quei secoli<sup>21</sup>. La *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 non fa nessun riferimento alla prescrizione, obbligando allora l'integrazione di questa

<sup>15</sup> M. LORENZ, *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934, p. 14.

<sup>16</sup> M. LORENZ, *ivi*, p. 13, A. SAMBALE, *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag*, Amburgo, 2002, p. 16; R. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, vol. 1, Weimar, 1935, p. 403 e ss.; R. LOENING, *Die Verjährung*, in K. BIRKMAYER (a cura di), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, vol. 1, Berlino, 1908, pp. 379-471, p. 385 e ss.; contra: F. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, trad. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1929, p. 273. Come è noto, la giustizia penale all'inizio del medioevo non aveva ancora acquistato il carattere eminentemente pubblico che lo contraddistingue modernamente, bensì rimaneva come giustizia privata (R. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht. Allgemeine Grundlagen*, Berlino, 1925, p. 103) e quindi la querela o azione della vittima o dei suoi parenti era una condizione di procedibilità. Questa azione doveva essere esercitata entro un determinato tempo; in caso contrario si produceva un'ipotesi di "occultamento".

<sup>17</sup> M. LORENZ, *op., cit.*, p. 14.

<sup>18</sup> A. SAMBALE, *op., cit.*, p. 18.

<sup>19</sup> R. HIS, *op., cit.*, p. 404.

<sup>20</sup> A. SAMBALE, *op., cit.*, p. 19.

<sup>21</sup> *ivi*, p. 20.

## CAPITOLO II

fonte, per quanto riguarda la prescrizione, con il diritto romano, e così dalla *Constitutio* fino all'Illuminismo, anche l'omicidio aveva un termine di prescrizione<sup>22</sup>.

Un ruolo determinante durante questo periodo ha avuto *Carpzov* il cui è stato uno dei primi ad assegnare alla prescrizione la caratteristica di *Strafaufhebungsgrund*, la quale doveva dichiararsi *ipso iure*<sup>23</sup>.

L'influsso dell'illuminismo nello sviluppo della prescrizione in Germania fu essenziale, anche se sarebbe più corretto dire che più dell'illuminismo<sup>24</sup>, è stata la legislazione francese degli inizi del XIX secolo<sup>25</sup> ad imprimere la sua particolare impronta in primo luogo sulla legislazione pre-unitaria e dopo sulla legislazione del Reich<sup>26</sup>. Il codice bavarese prevedeva nell'art. 92 (sul titolo relativo ai motivi di esclusione della pena o dell'esecuzione della pena) sia la prescrizione del reato, sia la prescrizione della pena. L'art. 93 segnava che il termine massimo della prescrizione era di 20 anni e il minimo, 6 mesi; queste termini erano costruite in 4 fasce temporali dipendendo della pena comminata dalla legge. L'art. 100 escludeva la prescrizione della pena per i reati puniti con la morte ovvero con l'ergastolo; ma un certo decorso temporale dalla dichiarazione della pena di morte la trasformava in una pena d'ergastolo. Il codice prussiano prevedeva solo la prescrizione dell'azione nel titolo

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 20; A. LOBE, *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*, Francoforte, 1978, p. 62 e ss. È tra i primi che sostiene che il fondamento della prescrizione è nella mancanza, dopo un certo tempo, del bisogno del castigo e non dalla distruzione o indebolimento delle prove. Stupisce questa posizione, se teniamo conto della concezione fortemente religiosa e retribuzionistica di Carpzov.

<sup>24</sup> Come abbiamo visto precedentemente, l'illuminismo respingeva l'istituto prescrizione.

<sup>25</sup> M. LORENZ, *op. cit.*, p. 15.

<sup>26</sup> Il Codice del 1871 è stata in realtà una revisione del Codice prussiano del 1851 (L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal. Concepto de derecho penal y criminología. Historia y legislación penal comparada*, vol. 1, 3ª edizione, Buenos Aires, 1964, p. 915) che, in larga misura, ha ricevuto un diretto influsso della legislazione francese (K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885 p. 46), anche se R. HIPPEL, *op. cit.*, p. 342 ritiene che si tratta di un'opera tedesca e che il preteso influsso sia marginale. Comunque, entro quei limiti, il *Code* ha avuto un importante influsso nella prescrizione. Più modernamente sul punto si veda il saggio di K. VOLK, *L'influenza del diritto penale della Rivoluzione francese e dell'impero sulle codificazioni tedesche*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, pp. 54-71 chi afferma che l'influsso del diritto penale francese si è fatto sentire sì, ma soprattutto per quello che riguarda il processo penale; invece, sul diritto penale questo influsso è stato più limitato. Anche se l'autore non individua tra i più importanti contributi del diritto penale francese sul tedesco pre-unitario (ad esempio su quello della Baviera o della Prussia) la prescrizione, sembra che questo influsso sia stato evidente, per lo meno come un modo di confermare una disciplina che era stata presa dalle vecchie fonti romane.

relativo ai motivi di esclusione o attenuazione della pena; questa si verificava, secondo il §46 con la decorrenza di un termine massimo di 30 anni per i reati puniti con la morte e con un minimo di 6 mesi, anche in fasce temporali dipendenti della pena editale.

Successivamente, il Codice del 1871 consacrò la prescrizione nei paragrafi 66 a 72. Nel §66 estende l'effetto della prescrizione anche alla pena, similmente al codice bavarese, sempre come una causa di "esclusione". I termini di prescrizione dell'azione penale, decorrevano tra un massimo di 20 anni per i reati nati con l'ergastolo o la morte fino a 3 mesi per le contravvenzioni. La prescrizione, secondo il §67 comma II, iniziava su decorso dal momento della commissione del fatto senza considerare il momento della produzione del risultato<sup>27</sup>.

Oggi, lo *StGB* prevede la prescrizione del reato (*Verfolgungsverjährung*) nel § 78 e successivi in un paragrafo indipendente, il quinto, alla fine della parte generale del codice. *Verfolgungsverjährung* potrebbe tradursi "prescrizione dell'azione penale" ma anche "prescrizione della persecuzione". L'espressione *schließt die Ahndung der Tat* è stata tradotta come *esclusione della sanzione del fatto*, e quindi, come il Cp italiano, quello tedesco non definisce in realtà cosa sia la prescrizione. Il lasso temporale è determinato dalla durata in astratto della pena comminata in cinque termini diversi che vanno dai trenta anni per i reati minacciati con l'ergastolo fino a tre anni per quelli invece minacciati con pene di meno di un anno di durata<sup>28</sup>. Per determinare questo termine non si deve tener

---

<sup>27</sup> Per apprezzare le differenti concezioni della prescrizione appena uscito il *StGB* del 1871 si veda, da un lato, F. LISZT, *op. cit.*, p. 272: la prescrizione è una causa di soppressione della pena (*Strafaufhebungsgrund*) che non solo cancella la persecuzione giuridico penale, ma anche ha l'effetto di estinguere la reazione penale statale; e come tale e non come una prescrizione dell'azione (*Klagverjährung*) appartiene al diritto materiale; dall'altro lato troviamo K. BINDING, *op. cit.*, per chi la prescrizione si fonda sull'indebolimento delle prove (p. 822 e ss.) e quindi con una natura processuale perché con il passaggio del tempo si perde della memoria degli uomini le tracce del reato commesso. Per questo motivo respingeva la prescrizione della pena.

<sup>28</sup> Ci sono eccezioni a questa norma, specie per i reati di mezzi di stampa. Cfr. W. MITSCH, §§78 ff., in W. JOECKS e K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2<sup>a</sup> edizione, Monaco, 2012., pp. 1453-1488, p. 1463.

## CAPITOLO II

conto né delle aggravanti né delle attenuanti. L'omicidio aggravato (*Mord*)<sup>29</sup>, invece, è imprescrittibile<sup>30</sup>. (§ 78 III).

Il § 78a prevede che il decorso della prescrizione comincia con la consumazione del fatto di reato<sup>31</sup>. Se il risultato che appartiene alla fattispecie si verifica dopo la consumazione del fatto di reato, la prescrizione inizia da questo momento. Non ci sono regole speciali per il reato tentato né per altri fattispecie speciali, ad esempio, quelle che prevedono una condizione obbiettiva di punibilità.

L'effetto della prescrizione è, in ogni modo, impedire l'imposizione di una sanzione<sup>32</sup>; la prescrizione, ritenuta dallo stesso *StPO* come un *Verfahrenshindernis* ostacola l'inizio del giudizio (§206a) ovvero lo fa finire (§260 III)<sup>33</sup>, entrambi i casi con una sentenza di *Einstellung*<sup>34</sup>. Lo *StGB* non prevede norme sulla responsabilità civile, questione che è regolata dal codice di rito (*StPO*, §403 e ss.) ma si può dedurre che, essendo solo un ostacolo al processo nessun effetto dovrebbe irrogare<sup>35</sup>; la recidiva, dopo la modifica del 1986 è stata abrogata come circostanza aggravante e limitata solo alla commisurazione della pena all'interno dei limiti edittali; precedentemente, requisito per avere recidiva era la

---

<sup>29</sup> Invece, l'omicidio semplice (*Totschlag*), ex §212 *StGB*, anche se potrebbe essere punito con l'ergastolo in determinate circostanze, non rientra nel divieto di prescrittibilità.

<sup>30</sup> Altri casi di imprescrittibilità sono: il genocidio (§6 *VStGB*), crimini contro l'umanità (§7 *VStGB*) e i crimini di guerra (§8 e ss. *VStGB*)

<sup>31</sup> Formula giudicata sfortunata per la dottrina (ad esempio D. STENBERG-LIEBEN e N. BOSCH, §§78 ff., in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 23<sup>a</sup> edizione, Monaco, 2010, p. 1183) e fonte di problemi ermeneutici. Per uno studio di queste problemi, cfr., E. NAZARIAN, *Der Beginn der Strafverfolgungsverjährung-§78a StGB*, Francoforte, 2009, *passim*.

<sup>32</sup> Come è noto, la tesi prevalente in Germania è quella che ritiene la prescrizione un *Verfahrenshindernis* desunta della sua natura processuale, dopo un processo storico che ha conosciuto due tappe precedenti: la prima che riteneva la prescrizione come un istituto di natura materiale e dopo la c.d. teoria mista durante la Repubblica di Weimar; il passaggio da questa concezione si è verificato durante il Terzo Reich, in 1942. Su questo processo storico, per tutti G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993, p. 324 y ss.

<sup>33</sup> È ormai pacifico che la prescrizione deve essere dichiarata *ex officio* in qualsiasi grado del giudizio. Cfr. M. LEMKE, § 78 ff in U. NEUMANN, I. PUPPE, e W. SCHILD, *Nomos Kommentar*, Baden-Baden, 2010, pp.1-13, , p. 2, anche in sede di commisurazione della pena o remissione condizionale della pena.

<sup>34</sup> Il proscioglimento (*Freispruch*) ha priorità davanti l'*Einstellung*, così se il reato è prescritto ma non si è accertata la colpevolezza del imputato, la forma della sentenza deve essere di proscioglimento. Cfr. per tutti L. MEYER-GOBNER, *StPO*, Monaco, 2013, p. 990.

<sup>35</sup> M. LORENZ, *op., cit.*, p. 120.



condanna<sup>36</sup>; quindi, un reato prescritto non poteva avere a che fare con questa circostanza aggravante.

Come breve conclusione di questa sezione si può dire che la prescrizione nell'ordinamento tedesco ha, da un lato, una normativa scarsa riguardo agli effetti della dichiarazione di prescrizione del reato; dall'altro, questo può essere dovuto al fatto della caratterizzazione come un semplice ostacolo di natura processuale.

### 1.1.1.3. Cile

In precedenza al Codice penale del 1874, in Cile avevano vigenza soprattutto le “*Partidas*” come legislazione penale. Il rilievo di questa fonte è stato posto in evidenza dai giuristi cileni, visto che una parte importante delle norme e istituti oggi in vigore hanno, senz'altro, come origine questa antica normativa<sup>37</sup>. Come accade spesso nelle vecchie fonti e davanti alla mancanza di una parte generale, le norme sulla prescrizione si trovano per ciascun delitto<sup>38</sup>.

Il codice penale del Cile del 1874 ha come fonti primarie di influsso il codice spagnolo del 1850 e molto secondariamente il codice belga<sup>39</sup>, ma in materia di prescrizione sarebbe più corretto affermare che la fonte primaria è stata il codice iberico del 1870; la norma punitiva del 1850 non prevedeva la prescrizione del reato ma solo quella della pena, non per considerare che la prima non esistesse, ma perché si considerava la questione propria del diritto processuale<sup>40</sup>. Questo spiega la richiesta dei redattori del codice penale di rinviare la regolamentazione della prescrizione alle norme del più recente codice penale spagnolo<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> H-H. JESCHEK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. II, Trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1978, p. 1221.

<sup>37</sup> Si veda; M. RIVACOBIA, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, 1991, p. 18.

<sup>38</sup> Si veda YUSEFF, G., *La prescripción penal*, 3ª edizione, Santiago, Jurídica de Chile, 2009, p. 32.

<sup>39</sup> Per tutti RIVACOBIA, op., cit., p. 46.

<sup>40</sup> PEDREIDA GONZÁLEZ, F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, , 2004, p. 55.

<sup>41</sup> Le norme sulla prescrizione sono state elaborate tra la sezione 138 e 140; si veda M. RIVACOBIA, *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la comisión redactoras*, Valparaíso, 1974, p. 316.

## CAPITOLO II

Queste norme praticamente non hanno sperimentato modifiche di rilevanza durante i quasi 140 anni della loro lunga vita; solo una con la legge n° 11.183 del 1953 che ha modificato leggermente i termini di prescrizione<sup>42</sup>. Infatti sembra che il legislatore e la dottrina cilena si sentono molto al loro agio con l'attuale struttura di questa causa di estinzione del reato; l'ultimo progetto di riforma totale al codice, del 2006, non ha praticamente proposto nessuna modifica importante<sup>43</sup>.

L'ordinamento cileno prevede la “*prescripción de la acción penal*” come una circostanza “*de extinción de la responsabilidad penal*” nell'art. 94 e ss. del titolo V del Cp. Non c'è una definizione di prescrizione; il codice solo si limita a dire che la prescrizione non è del reato, bensì dell'azione<sup>44</sup>. Similmente allo *StGB* i reati prescrivono secondo la pena editale con cui sono comminati in 4 fasce temporali: da quindici anni fino a sei mesi. I termini dipendono della pena in astratto, senza tener conto né dell' *iter criminis* né delle circostanze del reato, anche se il punto è controverso<sup>45</sup>. I reati contenuti nella legge N° 20.357 sono, invece, imprescrittibili<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Il sistema dei termini è stato sottoposto a critiche quasi dal momento della sua nascita. Così A. FUENSALIDA, *Concordancias y comentarios del código penal chileno*, vol. 1, Lima, 1883, p. 369 ritiene che il sistema sia molto ingiusto dato che reati minacciati con una pena editale molto diversa tra di loro si prescrivono con uno stesso termine. L'Autore preferisce il sistema “progressivo”, come quello del Perù.

<sup>43</sup> Il progetto prevedeva la prescrizione tra gli artt. 72 a 79 che, in sostanza, sono uguali agli attuali, tranne una piccola differenza nei termini – più brevi- ma conservando l'interruzione tramite la recidiva (solo di un crimine) e la sospensione per il primo atto del processo contro l'imputato. Si veda SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL, *Anteproyecto de Código penal de 2005*, in *Política Criminal*, n.1, D1, 2006, disponibile in [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf), pp. 1-92, p. 19. Riguardo agli altri progetti di riforma al Codice penale e le norme specifiche sulla prescrizione G. YUSEFF, *op. cit.*, p. 37-41.

<sup>44</sup> Su questo punto è unanime la dottrina che qualifica questa espressione “de la acción penal” come sbagliata e una reminiscenza di vecchie teorie sulla natura dell'istituto; al riguardo, cfr. J.L. GUZMÁN DALBORA, *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487, p. 462; E. CURY, *Derecho penal*, 2ª edizione, vol II, Santiago, 1992, p. 432.

<sup>45</sup> Per tutti, cfr. J. MERA, *De la extinción de la responsabilidad penal*, in J. COUSO y H. HERNÁNDEZ (a cura di) *Código penal comentado. Libro I*, Santiago, 2011, pp. 709-739, p. 724.

<sup>46</sup> Questa legge ha finalmente chiuso la tormentata strada del Cile verso l'adeguamento della sua normativa al Diritto penale internazionale post-Trattato di Roma; la legge 20.357, infatti, è stata varata lo stesso anno della polemica –per il tempo intrapreso tra la firma del Trattato e la ratifica del Parlamento, un periodo di più di dieci anni- riforma costituzionale della disposizione transitoria 24 della carta fondamentale che introduce la competenza della Corte penale internazionale (su questa tormentata storia, cfr. J.L. GUZMÁN DALBORA, *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional*, in K. AMBOS e E. MALARINO (a cura di), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional. Contribuciones de América Latina y*

Il decorso della prescrizione comincia dal momento in cui il reato è stato commesso<sup>47</sup>; non ci sono regole speciali né sul tentativo né su altre tipologie di reato, come quelli che prevedono una condizione obbiettiva di punibilità<sup>48</sup>.

Per quello che riguarda gli effetti della prescrizione, questa estingue l'azione (*rectius*: la responsabilità penale) e deve essere dichiarata per il giudice “*de oficio*” anche se l'imputato non chieda il suo riconoscimento, purché sia presente nel processo (Art. 102). Ci sarebbe anche un ordine di priorità tra le cause che producono il “*sobreseimiento*”, ordine in cui le decisioni che dichiarano la innocenza dell'imputato precedono la prescrizione<sup>49</sup>; rispetto alla responsabilità civile per il reato, l'art. 105 comma secondo ci dice che la prescrizione civile è disciplinata dal Codice civile; questo vuol dire che la dichiarazione di prescrizione del reato non condiziona l'esercizio della patrimoniale<sup>50</sup>; la recidiva prescrive *ex-art.* 104 in dieci e cinque anni.

#### 1.1.1.4. Risultati preliminari

Tra i tre sistemi esaminati, l'elemento *decorso temporale* presenta qualche somiglianza in tutti; il lasso o termine si determina tramite la pena in astratto, senza tener conto delle circostanze aggravanti ed attenuanti ovvero dell'*iter criminis*. La regola è che questo decorso comincia al momento del fatto, cioè, dal momento in cui si verificano tutti gli

---

*Alemania*, Montevideo, 2006, pp. 171-195). La legge 20.357 punisce i reati di genocidio, contro l'umanità e di guerra. L'art. 40 prevede l'imprescrittibilità sia del reato, sia della pena. Per uno studio critico di questa implementazione, cfr. C. CÁRDENAS, *La implementación de los crímenes de competencia de la Corte penal internacional en la ley N° 20.357*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, n° 2, 2010, disponibile in <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art02.pdf>, p. 23-44.

<sup>47</sup> Su questo punto è posto che il Cp non aggiunge altri dettagli per capire quando il reato è stato commesso, cioè, se dal momento in cui è finita la condotta ovvero dal momento del risultato, la dottrina ha dovuto elaborare criteri interpretativi, essendo divisa tra chi ritiene che sia corretta la tesi della condotta ovvero la tesi del risultato. Cfr. M. GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, vol. I, Santiago, 2001, p. 376.

<sup>48</sup> Per uno studio nella dottrina cilena sui diversi momenti di inizio del termine rispetto alle diverse tipologie di reato o elementi del reato, cfr. G. YUSEFF, *op., cit.*, pp. 81-97.

<sup>49</sup> Sul argomento G. OLIVER, *¿Constituye un orden de prelación el listado de causas de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del "Código Procesal Penal?"* in *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n° 31, 2008, pp. 357-366.

<sup>50</sup> Cfr. J.E. VARGAS VIANCOS, *La extinción de la responsabilidad penal*, Santiago, 1994, p. 203, che anche rimprovera il fatto di non esserci una norma generale per tutti le cause di estinzione.

## CAPITOLO II

elementi del reato, con regole specifiche per certe categorie (tranne l'ordinamento cileno che ha dovuto in larga misura costruire regole per il calcolo tramite la giurisprudenza e la dottrina). L'ordinamento italiano presenta la particolarità di individuare il termine non in fasce generali di tempo vincolate alla pena edittale, bensì è appunto la stessa pena edittale quella che segna il termine. L'imprescrittibilità è presente come eccezione in tutti gli ordinamenti; ma, nell'italiano e tedesco non solo per i reati del diritto penale internazionale, ma anche per reati del diritto penale "nazionale" come l'omicidio aggravato. L'effetto, in linea di massima, è sempre lo stesso in sede penale: l'impossibilità di imporre una pena. Siccome il momento di questa dichiarazione potrebbe essere tanto nell'inizio del processo come alla fine, è agevole concludere che la prescrizione può incidere sia su un fatto di reato sia su un fatto con l'apparenza di reato; in ogni modo gli effetti della prescrizione non si estendono alle sanzioni civili che conservano la loro indipendenza. Ci sono più differenze riguardo l'effetto sulla prescrizione della recidiva: l'ordinamento tedesco, al non prevederla non indica nessun effetto; l'Italia e il Cile, invece, prevedono effetti che non si producono solo tramite la prescrizione della recidiva o la riabilitazione.

Quindi, in linea di massima, in questi ordinamenti *il termine di prescrizione* si struttura su tre coordinate: termini basati sulla *gravità del fatto*; termini che iniziano con il *compimento del fatto* e che riguardano *solo gli effetti penali*, particolarmente per quello che spetta *l'impossibilità di imporre una pena*.

La prima coordinata, la *gravità del fatto come elemento determinante del termine di prescrizione* così come *l'imprescrittibilità di certi reati* dovrebbe escludere l'idea che i termini sono fissati dal legislatore in modo arbitrario<sup>51</sup>; è vero che si tratta, in generale di termini che non riguardano le caratteristiche specifiche dell'azione, come le aggravanti, ma questo non significa che non ci sia un criterio di razionalità dietro la fissazione dei termini;

---

<sup>51</sup> Contro questa affermazione W. MITSCH, *op., cit.*, p. 1456 ritenendo che il motivo dietro questa determinazione dei termini non risiede nella gravità del fatto, né in un problema di prova ovvero in una teoria della pena, essendo come ostacolo o impedimento alla punizione senza un motivo; e F. SALIGER, "*§78 ff.*", in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.U. PAEFFGEN, (a cura di) *NomosKommentar StGB*, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 2477, che sostiene che i termini sono "decisioni arbitrarie del legislatore" perché non vincolate alla concreta condotta bensì alla gravità astratta della pena.

altrimenti tutti i reati sarebbero imprescrittibili ovvero prescrivibili con termini determinati senza curarsi della pena comminata; e se la pena è o dovrebbe riflettere la gravità obbiettiva del fatto, allora anche i termini di prescrizione riflettono questa gravità (sia che la gravità si desuma dell'intensità dell'offesa al bene giuridico sia del livello di contrarietà con la norma ed aspettativa sociale). Così, ad esempio, a questo punto dell'indagine, sarebbe difficile difendere, per una questione di coerenza del sistema, l'imprescrittibilità o un termine molto lungo di prescrizione per un reato di un livello di offensività relativamente basso; per arrivare ad una giustificazione in questo senso, bisognerebbe trovare altre motivi di politica criminale e, comunque, confrontarli con la ratio della prescrizione, come vedremo più avanti.

La seconda coordinata del primo elemento essenziale della prescrizione è che il termine inizia con la *commissione del fatto* e non in un momento successivo, tranne determinate eccezioni basate in realtà su certe particolarità dell'azione o requisiti del reato che spostano questo momento più avanti nel tempo. Il criterio della *trascendenza del fatto* non costituisce la regola e, come vedremo più avanti solo è stata impiegata per certe ipotesi di sospensione; questo vuol dire che il termine nasce *con il reato*; senza voler anticipare nessun risultato, sarebbe un argomento per respingere le tesi processuali della prescrizione, per lo meno quelle che ritengono che il fondamento di quest'istituto sarebbe il castigo della negligenza del Pubblico Ministero.

La terza coordinata sono gli *effetti* della prescrizione, effetti che riguardano solo la *materia penale* e non altre sfere giuridiche come la responsabilità civile. Così esplicitamente, anche se con differenze, gli ordinamenti italiano e cileno.

Per quello che riguarda gli effetti penali, qui dobbiamo soffermarci e solo indicare che l'effetto in ogni modo è l'impossibilità di applicare una sanzione. Questo, perché intanto il risultato è sempre lo stesso (un soggetto non è assoggettabile a una pena), le forme e il contenuto di questa dichiarazione differiscono. Comunque in partenza si può dire che la prescrizione di solito adopera la veste di una decisione che non riguarda il contenuto

## CAPITOLO II

materiale del reato, al meno nei suoi elementi fondamentali: tipicità, antigiusuridicità, colpevolezza. Una decisione di questo tipo (in Italia “di merito”, in Cile “*sobre el fondo*” in Germania “*Urteil*”) porta al proscioglimento; invece la prescrizione porta ad un tipo di sentenza diverso. Ma questo non pregiudica la sua natura; solo ci permette di chiarire che, almeno formalmente, la prescrizione è *diversa* dagli elementi del reato. Allora, il reato estinto per prescrizione non subisce una pena ma resta (resterebbe) tipico, antigiusuridico e colpevole (ma il problema è che non si può arrivare ad accertarlo).

### 1.1.2. *L’arrestamento del tempo*

Il secondo elemento essenziale della prescrizione è costituito *dall’arrestamento temporale del decorso*. Una volta iniziato il termine questo si può *fermare* allorché ci sia una circostanza che, agli occhi del legislatore, consiglia di valutare quel periodo come non utile per il calcolo del termine. A questo fenomeno le diverse legislazioni danno il nome di *sospensione*. L’origine storica di quest’istituto nel diritto penale è assai oscura. Sembra che la sua apparizione in questa branca dell’ordinamento sia dovuta alla dottrina civilista da cui la prescrizione addebita la sua origine<sup>52</sup> e dall’idea che il fondamento della prescrizione sia il castigo della negligenza del Pubblico Ministero<sup>53</sup> e quindi circostanze proprie del Diritto penale moderno o per lo meno post-rivoluzionario. Infatti, non appare neanche nei primi codici dell’Illuminismo – il *Code de 1791* non fa nessun riferimento a quest’istituto<sup>54</sup>.

E infatti si tratta di un istituto genuinamente privatistico. La sospensione della prescrizione era conosciuta già dal diritto civile romano (per lo meno post classico) e molte dell’ipotesi che oggi compaiono nei diversi codici penali in origine rispondono ai fondamenti

---

<sup>52</sup> Cfr. P. BARTOLO, Voce *Prescrizione del reato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 8; si tratta del brocardo “*contra non valentem agere non currit praescriptio*”.

<sup>53</sup> F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 140.

<sup>54</sup> L’origine civilistica della sospensione e la confusione originaria tra il diritto penale e il civile fecero che nell’Ancient Regime la sospensione fosse impiegata in modo assai arbitrario (cfr. A. MIHMAN, *Juger à temps*, Paris, 2008, p. 147); comunque nel diritto penale francese non fu fissata nessuna regola al riguardo, non per lo meno nel Codice penale; neanche nel *Code d’Instruction Criminelle*; in questo corpo di norme, si prevedeva sì l’interruzione, prevista dall’articolo 637 comma 2° con ogni atto d’istruzione o indagine. Cfr. B. DE VILLERET, *Traité théorique et pratique de la prescription en matière criminelle*, Paris, 1863, pp. 224 e ss.

dell'usucapione e della prescrizione estintiva<sup>55</sup>. L'impossibilità di far valere il proprio diritto, ad esempio – questione che è uno spunto di molto interesse per la prescrizione penale attuale- era ritenuta una causa di sospensione, questione che, se si riflette un attimo, ha molto senso; l'azione del creditore interrompeva la prescrizione. Da altro canto il fondamento della prescrizione civile, cercato soprattutto nel mancato esercizio del diritto<sup>56</sup> spiega poi il fondamento dell'istituto: se qualcuno non è in grado di esercitarlo, allora la prescrizione si arresta fino alla liberazione dell'ostacolo di fatto o di diritto che impedisce l'esercizio. Da tutto questo si capisce come la prescrizione in sede civile è tanto un beneficio per il debitore come una sanzione alla negligenza del creditore per la mancata azione.

Se questo è il fondamento della prescrizione civile – e quindi anche della sospensione- bisogna chiedersi se questi stessi fondamenti siano trasferibili alla prescrizione penale. Se il fondamento dell'istituto fosse sanzionare l'autorità pubblica per la negligenza al momento di porre in movimento la macchina punitiva, allora sospensione (e come vedremo dopo anche l'interruzione) sono istituti perfettamente coerenti e compatibili con il diritto penale; ma, se i fondamenti della prescrizione sono diversi dal diritto civile, allora sospensione e interruzione sarebbero sotto sospetto; in ogni modo questo non significa che siano istituti da escludere dal diritto penale, bensì istituti che necessitano di un percorso argomentativo diverso per giustificare la loro esistenza.

#### 1.1.2.1. Italia

La storia della sospensione in Italia ha un *iter* analogo ad altre esperienze giuridiche della sua epoca. Ignorata dai pratici e dalle prime legislazioni pre-unitarie, compare per la prima

---

<sup>55</sup> L'origine della sospensione e interruzione coincide (o meglio, è la sua conseguenza) con la nascita della *longi temporis praescriptio* durante l'età della *cognitio* extraordinem. Cfr. M.R. CIMMA, Voce *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio* in *Dig. disc. priv.*, pp. 248-260, p. 255. Riguardo al diritto giustiniano, si veda A. TRIGGIANO, *Note sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione nel codice giustiniano*, in *TSDP*, vol. III, 2010, pp. 1-149. Tutti i due istituti erano conosciuti per lo meno dall'epoca del tardo diritto romano (p. 4) e il brocardo *contra non valentem agere* è stato riconosciuto in molte costituzioni, come ad esempio la C. 6.61.4.3. (p. 112) coprendo con una particolare protezione la posizione dei minori.

<sup>56</sup> B. GRASSO, Voce *Prescrizione (dir. privato)* in *Enciclopedia del Diritto Giuffrè*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 56-75, p. 70.

## CAPITOLO II

volta con il codice penale toscano del 1859 che prevedeva una sospensione nei casi in cui ci fosse una causa civile che pregiudichi la causa criminale; la prescrizione penale restava sospesa finché la causa civile non fosse irrimediabilmente risolta; una delle ipotesi di questa disposizione rispondeva al brocardo “*contra non valentem agere*”<sup>57</sup>. Similmente al codice toscano, il codice sardo-piemontese prevedeva una causa di sospensione motivata da una controversia pregiudiziale.

Il Codice Zanardelli in questo senso non si allontanò dell’approccio civilistico impiegato nei codici pre-unitari: infatti, secondo l’art. 99, §2, la prescrizione si sospende quando l’azione non può essere promossa o proseguita se non dopo una speciale autorizzazione, ovvero dopo che sia risolta un’altra questione deferita dalla legge ad altro giudizio; la relazione ministeriale si basava sullo stesso principio *contra non valentem agere*, e solo estende l’efficacia del principio ad un’altra situazione, la necessità di una autorizzazione, ad esempio, se il processo si rivolge ad un Deputato<sup>58</sup>.

Il Codice Rocco non innova sostanzialmente; solo esplicita, nel comma 1° dell’art. 159 che la prescrizione è sospesa, oltre che per i fatti previsti dal Codice Zanardelli, in ogni modo, nei casi in cui la sospensione del processo è imposta da una particolare disposizione di legge<sup>59</sup>. La norma non aveva ricevuto modifiche importanti; la Legge del 5 ottobre del 1991 aveva aggiunto un nuovo secondo comma in cui precisava che l’autorizzazione a procedere del primo comma si verificava al momento in cui il Pubblico Ministero effettuava la relativa richiesta; altre modifiche in questo senso (cioè, chiarificando quando si produceva

---

<sup>57</sup> Si veda S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., p. 83

<sup>58</sup> Se si vede il E. PESSINA, *op., cit.*, p. 380, si può trovare al riguardo una curiosa contraddizione: mentre afferma, che la prescrizione penale non è governata dalle regole e principi della prescrizione civile – e, di conseguenza, non vale il brocardo *contra non valentem agere* perché non si tratta l’istituto prescrittivo di un abbandono dell’azione- a p. 384 ammette come tra l’altro fa la legislazione della sua epoca, la sospensione dell’azione per questione pregiudiziale indicando che in realtà la prescrizione, in questi casi, non è neanche incominciata. Si veda anche G.B. IMPALLOMENI, *Il Codice penale italiano*, Firenze, 1890, p. 326: “L’inerzia e l’incuria nella tutela dei propri diritti, e la presunzione di liberazione che ne può derivare, possono bene entrare nei motivi della prescrizione civile; ma non hanno alcun valore in penale”.

<sup>59</sup> I dubbi della precedente disciplina sono stati forti, particolarmente sull’ipotesi di sospensione ordinata solo dal Giudice. La nuova disposizione chiarisce che nessuna arbitrarietà è permessa in questo caso, e come dice G. MAGGIORE, *Principi di Diritto penale*, Bologna, 1951, p. 767 la sospensione si basa sulla legge e non sul brocardo latino ormai più volte segnato.



l'atto sospensivo ma non modificando sostanzialmente la disciplina) sono state aggiunte nel corso degli anni<sup>60</sup>.

Infatti, neanche dopo la riforma della legge *ex-Cirielli* la disciplina sospensiva ha ricevuto un cambiamento importante; in realtà sempre sulla strada della chiarezza e la tassatività, la legge del 2005 ha solo stabilito nuovi eventi sospensivi (comma 1 numero 3) sulla scia degli impedimenti delle parti del processo. Quindi, in sostanza, l'idea di fondo, risalente ormai al Codice Zanardelli, resta più o meno la stessa<sup>61</sup>. Per questo motivo, e diversamente dall'interruzione, la sospensione conserva i suoi tratti più originali e quindi ancora si può parlare di questo istituto come il meccanismo destinato a rimuovere gli ostacoli al processo penale<sup>62</sup>.

#### 1.1.2.2. Germania

In Germania, la prima volta che un Codice penale statuisce cause di sospensione fu con il Codice penale di 1871; nel §69 affermava che se l'inizio o la continuazione di un processo dipendeva dalla decisione di una questione precedente, la prescrizione restava sospesa fino a quella decisione. Curiosamente, non ci sono precedenti di una disposizione simile né nel Codice penale prussiano del 1851 né nel codice bavarese di 1861 –non per lo meno nelle parti generali- le due fonti primarie del *StGB* dell'1871; si potrebbe ipotizzare che l'origine dell'istituto sia prettamente francese; ma né il *Code pénal* del 1791 né il *Code d'instruction criminelle* del 1808<sup>63</sup> prevedevano cause di sospensione; infatti sembra che si trattasse in realtà di una *praxis* che, appunto, aveva il suo origine nel vecchio brocardo latino “*contra*

---

<sup>60</sup> Come ad esempio, la rinunciabilità della prescrizione, opera della Corte Costituzionale.

<sup>61</sup> Si veda S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., pp. 279 e ss.

<sup>62</sup> Cfr. G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*. 5° edizione. Bologna, 2007, p. 783, lo stesso fondamento del V. MANZINI, *op. cit.*, p. 443. Di “forzata inattività” parlano G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 386; di “sottrarre dal computo complessivo del termine quegli eventi che rappresentano una pausa non fisiologica del corso processuale” parla A. BARAZZETTA, *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di) *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, pp. 159-191, p. 160

<sup>63</sup> Questo corpo normativo prevedeva nell'art. 637 comma 2° una circostanza che si potrebbe catalogare solo come d'interruzione: “se, durante questo intervallo, sono stati compiuti degli atti di istruzione del procedimento o di messa in stato di accusa non seguiti da giudizio, l'azione pubblica e l'azione civile non si prescrivono che dopo dieci anni a partire da questo atto, anche nei confronti delle persone che non erano implicate in quell'atto”.

## CAPITOLO II

*non valentem agere non currit praescriptio*” il quale, abbinato alla concezione processualistica dell’istituto che anticamente (ma anche oggi) s’impose nella giurisprudenza francese, e che si strutturava come un castigo alla negligenza del Pubblico Ministero, faceva sì che se c’era qualche impedimento nell’inizio o per la continuazione del processo, la prescrizione doveva arrestarsi. Ma si deve tener conto che il §69 non contemplava la circostanza che tradizionalmente giustificava in Francia la sospensione, cioè, le *empêchements des lois* ma solo il fatto che la legge penale prevedesse come condizione della prescrizione la decisione in un altro processo<sup>64</sup>. In realtà la norma del §69 è una generalizzazione di una regola che esisteva ma solo per determinati reati come la bigamia<sup>65</sup>; lo spirito dell’epoca era fortemente contrario all’ammissione di un brocardo di natura civilistica e, in linea di massima, a che la prescrizione fosse un castigo alla negligenza del Pubblico Ministero<sup>66</sup>.

Il §69 è rimasto senza modifiche fino al 1893; con la modifica di quell’anno si è aggiunta un’altra cause di sospensione, un rinvio a qualsiasi disposizione legale per cui il processo non inizia ovvero non può continuare, stabilendo che se un processo richiede querela o

---

<sup>64</sup> Al riguardo, si veda le opinioni di due commentatori del StGB del 1871, da un lato F. OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, Berlin, 1871, p. 157 e R. HEINZE, *Die Verjährung*, in OLSHAUSEN, J., *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlino, 1900, p. 614 (quest’ultimo autore ritiene la sospensione una “condizione della prescrizione”) che sostengono che anche se la sospensione ha questo origine civilistico, quel brocardo non ha incidenza nel diritto penale; con tutto è stata questa sempre l’opinione della dottrina francese (cfr. B. DE VILLERET, *op., cit.*, p. 227). Riguardo a le situazioni in cui il processo dipendeva di una questione precedente, si faceva richiamo dell’art. 191 che castigava l’ingiuria, dato che se si imputava una condotta costituente reato, l’ingiuria dipendeva della veracità di questa accusazione; discusso, invece, il caso della bigamia. Cfr. R. HEINZE, *op., cit.*, p. 614, nota 5 e K. BINDING, *op., cit.*, p. 842, nota 35.

<sup>65</sup> Il codice bavarese prevedeva una regola di computo speciale per la prescrizione nel §219 mentre quello per la Prussia nel §139 secondo comma.

<sup>66</sup> Riguardo a questo atteggiamento sull’inizio della prescrizione, si veda T. ERDMANSDÖRFFER, *Erläuterungen zum bayerischen Strafgesetze von 1861*, Monaco, 1862, p. 41: la regola generale del Codice bavarese (come anche dopo il principio generale del Codice del 1871) prevedeva che il termine decorresse anche nei casi in cui senza colpa dell’autorità pubbliche l’imputato incorreva nella fuga, occultamento di se stesso o delle prove o in un altro qualsiasi modo si ostacolasse l’intervento delle autorità; una regola diversa, cioè quando la legge fa dipendere l’inizio della prescrizione da queste circostanze, comporta una straordinaria difficoltà e insicurezza, perché dovrebbe esaminarsi caso per caso se l’occultamento o la fuga, ad esempio, sono cagionate dalla negligenza del Pubblico Ministero.

autorizzazione, i difetti possibili di queste atti non ostacolano il decorso della prescrizione<sup>67</sup>.

Con la 2a legge di riforma al Codice penale del 1969, la prescrizione acquisisce la sua attuale posizione nel *StGB* e la sospensione la sua collocazione sotto il §78b<sup>68</sup>. Anche il contenuto della disposizione è stato modificato: si mantiene la concezione della sospensione in casi in cui il processo non può cominciare o proseguire, tranne i casi in cui questo non inizia solo perché manca la querela; riguardo ai membri del Parlamento federale ovvero dei parlamenti dei *Länder* la disposizione indicava che la sospensione della prescrizione comincia nel momento in cui il reato fosse stato scoperto dalla Procura della Repubblica o di altre autorità della Polizia ovvero fosse stata presentata una denuncia o querela. Infine il terzo comma prevedeva che il termine di prescrizione non decorre se è stata pronunciata sentenza di primo grado mentre il processo non sia finito con una sentenza passata in giudicato<sup>69</sup>. Tramite questa riforma sparisce la vecchia e originaria causa di sospensione, cioè il caso del bisogno di un'altra decisione per l'inizio del processo. Successivamente si aggiunge il IV comma, che prevede che se il reato è sanzionato con una pena detentiva oltre i cinque anni e si apre un giudizio davanti un tribunale federale allora si sospende la prescrizione nei casi del §78 comma III, numero 4 (termini di prescrizione di cinque anni) dall'apertura del processo principale per un massimo di cinque anni<sup>70</sup>. Con le successive leggi di riforma, il §78b acquisisce la sua attuale veste: si aggiunge nel primo comma il numero 1, una causa sospensiva per determinati reati contro la libertà sessuale dei minorenni fino alla maggiore età di questi<sup>71</sup>, nonché un comma V, per i casi di estradizione, in cui la prescrizione si sospende dal momento della

<sup>67</sup> Si tratta, evidentemente, di un aggravamento della disciplina precedente che solo prevedeva una ipotesi abbastanza definita. Al riguardo J. OLSHAUSEN, *Kommentar zu den Strafgesetzen des Deutschen Reichs*, Berlino, 1892, p.324 il cui elenca i casi in cui questa prima frase del comma si applica: ad esempio contro i parlamentari prima dell'autorizzazione a procedere l'extraterritorialità degli autori.

<sup>68</sup> Questa legge è entrata in vigore solo il 1 ottobre del 1973 secondo l'art. 7 della 2. *StRG*.

<sup>69</sup> Come afferma A. SCHÖNKE, e H. SCHRÖDER, §78 ff., in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Monaco, 2010, p. 795 la norma è un meccanismo per impedire che l'imputato sfrutti del tempo tra la sentenza di primo grado (momento in cui il reato non potrebbe mai prescrivere) e la sentenza definitiva se lui fa ricorso.

<sup>70</sup> Art. 6 della Legge dell'amministrazione di Giustizia (*RechtspfEntlG*).

<sup>71</sup> Legge di riforma ai reati sessuali (*Sexualdelikts-ÄndG*) del 27.12.2003 e del 01.04.2004 e dell'*OpferrechtsreformG* del 29.07.2009.

## CAPITOLO II

presentazione della richiesta di estradizione davanti allo stato straniero fino alla sua consegna allo stato tedesco, o se per qualsiasi altro mezzo l'imputato abbandona il territorio dello stato straniero dove si trova o fino al rigetto della richiesta dalle autorità della Germania o fino al ritiro della richiesta<sup>72</sup>. Oggi si concepisce la sospensione come un meccanismo per dare alle autorità più tempo nella persecuzione di un reato, e così si soddisfa la giustizia materiale quando la autorità penale per disposizione della legge resta con "le mani legate" non essendo in grado di iniziare ovvero continuare un processo<sup>73</sup>.

In ogni modo, questo sviluppo storico ci porta ad una curiosa conclusione: alla fine, da essere stato respinto il brocardo "*contra non valentem agere non currit praescriptio*" si è passato alla sua ammissione anche in sede penale; infatti, se le prime cause di sospensione riguardavano una ben precisa ipotesi –il bisogno di una decisione precedente- l'argomento degli *empêchements des lois* ha finito per essere pacificamente introdotto per lo meno nei casi del comma I n. 2, II e V che, in sostanza, rispondono a questa esigenza, cioè, se l'autorità non può esercitare l'azione penale, allora l'azione penale resta sospesa. Il comma I n. 1 anche risponde in parte a quest'idea ma il fondamento è sbilanciato sulla protezione della vittima<sup>74</sup>. Il comma III invece non si può ricondurre all'impossibilità dell'esercizio di una azione e ha un fondamento prettamente utilitaristico prevedendo la possibilità, ad esempio, che con un ricorso infondato se possa arrivare alla prescrizione<sup>75</sup>. Il comma IV invece è stato concepito soprattutto per i complessi casi della criminalità economica: la difficoltà di chiarire questi reati potrebbe comportare la maturazione della prescrizione assoluta del §78c comma III<sup>76</sup>. Il comma V, secondo la storia della legge è stato concepito per impedire e prevenire qualsiasi inattività delle autorità di persecuzione<sup>77</sup> ma il suo

---

<sup>72</sup> Legge di riforma al Codice penale (*StÄG*) del 4.08.2005.

<sup>73</sup> Per tutti F. SALIGER, *op., cit.*, p. 2505.

<sup>74</sup> Per tutti W. MITSCH, *op., cit.*, p. 1473.

<sup>75</sup> In questo stesso senso S. SALIGER, *op., cit.*, p. 2512; per J. SCHMID, §78 *ff*, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN e K. TIEDEMANN, (a cura di), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlino, 2006, p. 1542 non sarebbe una autentica causa di sospensione: mentre nei primi comma il processo è impossibile, nel caso del III comma il processo è arrivato ormai alla fine del primo grado; il motivo sarebbe solo una incoerenza tra questo articolo e il catalogo di cause di interruzione non assolutamente adatto, lo che fa così necessario il coma III.

<sup>76</sup> Cfr., F. SALIGER, *op., cit.*, p. 2514.

<sup>77</sup> Cfr., *ivi*, p. 2515.

utilizzo secondo lo stesso Governo Federale dovrebbe essere sempre in casi straordinari e interpretato restrittivamente<sup>78</sup>.

Invero, l'idea degli impedimenti di fatto non è stata mai veramente abbandonata. Questo si può dimostrare tramite le successive disposizioni di legge delle zone occupate dopo il crollo della Germania alla fine della seconda guerra mondiale: le norme dei paesi alleati avevano dichiarato il periodo tra il primo gennaio 1933 e il 8 maggio 1945 come un periodo in cui il termine di prescrizione restava sospeso per i reati commessi dal nazionalsocialismo; successivamente è stata approvata la legge di calcolo della prescrizione (*Berechnungsgesetz*) del 13 di aprile del 1965 che dichiarava che il periodo compreso tra il 8 maggio del 1945 e il 31 dicembre del 1949 non dovrebbe essere incluso nel calcolo del tempo a prescrivere per i reati di omicidio senza un motivo politico. Il fondamento dietro queste norme era l'impossibilità di perseguire quei reati mentre era vigente il Terzo Reich, dato che si trattava di delitti commessi per la volontà del Führer di uno stato totalitario<sup>79</sup>, nessuna persecuzione sarebbe stata in grado di arrivare neanche ad una fase di indagine se quei reati sono stati ordinati ed eseguiti dallo stesso potere centrale che controllava anche la magistratura. È evidente l'eco del vecchio brocardo e in un certo modo un argomento in più per chi sostiene che la prescrizione si fonda sulla rinuncia dello stato ad imporre una pena e quindi l'idea dello *ius puniendi* come un diritto subiettivo dello Stato.

### 1.1.2.3. Cile

La sospensione del decorso della prescrizione in Cile ha una storia tanto curiosa come la storia dell'interruzione. In sostanza si allontana completamente della legislazione spagnola sul punto, posto che la legislazione punitiva della penisola iberica non conosceva cause di sospensione, ma solo d'interruzione. L'unica circostanza sospensiva – per lo meno nella parte generale- che conosce il codice cileno –quando il processo si rivolge all'imputato- era ed è ancora oggi una circostanza interruttiva in Spagna.

---

<sup>78</sup> Cfr. T. FISCHER, *StGB*, 59<sup>a</sup> edizione, Monaco, 2012, p. 767.

<sup>79</sup> Al riguardo si veda G. DANNECKER, *op. cit.*, p. 325 e ss.; A. SAMBALE, *op. cit.*, pp. 64-71 e Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Francoforte, 2005, p. 31.

## CAPITOLO II

Non è semplice tracciare il motivo di questa redazione<sup>80</sup>, ma si potrebbe ipotizzare che essendo il fondamento della prescrizione per i redattori del codice l'espiazione del reato per il decorso temporale<sup>81</sup> una conclusione logica era far sì che la recidiva avesse un effetto particolarmente forte davanti all'estinzione del reato; invece, come tutte le legislazioni dell'epoca avevano preveduto circostanze sospensive, allora c'era il bisogno di consacrare una causa di sospensione la quale, al meno in apparenza, costituisce una causa "eccentrica". Non appartiene alla tradizione, benché non troppo risalente, di questo istituto né delle legislazioni in cui il codice cileno si è basato né su altre tradizioni giuridiche.

È probabile – solo probabile- che anche i redattori del codice siano stati al corrente delle forte critiche mosse dal Carrara all'istituto dell'interruzione della prescrizione per atti del processo. Ma il fatto di aver preso come circostanza sospensiva l'avvio del processo resta sempre strano e difficile di spiegare.

Il fondamento della sospensione è stato ricercato dalla dottrina cilena nel fatto che mentre il processo pende, sarebbe sbagliato parlare di "oblio" del reato commesso<sup>82</sup>. Allo stesso tempo si è sottoposta a critiche la mancanza di altre cause di sospensione che rivelino l'impossibilità dello Stato nel perseguire un reato<sup>83</sup>.

Nondimeno, per capire appieno l'istituto della sospensione nel codice cileno, bisogna vincolarlo con la seconda parte dell'art. 96: la norma prevede che, in caso che il processo si paralizzi per tre anni o finisca senza condanna, la prescrizione continua il suo decorso *come se non si fosse stata sospesa*<sup>84</sup>. Il significato di queste due eccezioni alla sospensione è stato

---

<sup>80</sup> Durante la sessione 138 si era redatto solo una causa di interruzione, uguale alla spagnola del 1870; solo nella sessione 140 si è richiesto di differenziare tra circostanze interruttrive e sospensive, con la attuale stesura. Sembra che questa proposta è stata recepita senza troppe discussioni.

<sup>81</sup> Così A. FUENSALIDA, *op., cit.*, p. 366.

<sup>82</sup> J.E. VARGAS VIANCOS, *op., cit.*, p. 157. In ogni modo questa è una spiegazione moderna dell'istituto sospensivo in Cile; invece i primi commentatori, come A. FUENSALIDA, *op., cit.*, p. 650, ritenevano un po' confusamente o insieme ad altri fondamenti, la prescrizione come un castigo alla negligenza del Pubblico Ministero; quindi, l'avvio del processo confutava questa presunzione.

<sup>83</sup> J.L. GUZMÁN DALBORA, *Texto y Comentario*, cit., p. 473.

<sup>84</sup> La norma dice "interrotta" ma è pacifico in dottrina che si tratta di un errore. Per tutti S. POLITOFF, J.P. MATUS, e M.C. RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*. Tomo 1, 2ª edizione. Santiago,

molto dibattuto, perché non si vedeva la loro utilità; nel vecchio sistema di procedura penale l'unica decisione che poteva essere ricondotta all'intelligenza della norma era il “*sobreseimiento temporal*”, cioè, la decisione sempre temporanea di non proseguire il giudizio fino al momento in cui l'ostacolo di fatto o di diritto fosse stato superato e non era, tecnicamente, una sentenza che faceva finire il processo; oggi, la dottrina indica come provvedimenti in grado di finire il processo senza condanna<sup>85</sup>; da altro canto, la dottrina ammette oggi pacificamente che qualsiasi impedimento (negligenza del pubblico ministero, dilazioni provocati per atti dei giudici) deve essere compreso in questa eccezione alla sospensione<sup>86</sup>. E diciamo *eccezione* perché si aggiunge un'altra particolarità del sistema cileno: se si verifica qualunque di questi due ipotesi, la prescrizione continua il suo decorso *ma si deve aggiungere il tempo in cui la prescrizione è stata sospesa*.

Questo impianto potrebbe essere spiegato storicamente. Il codice di procedura penale cileno è nato solo nel 1908, dopo una lunga gestazione; ha preso un sistema inquisitorio scritto non come la opzione più adatta, ma tenendo conto delle difficoltà del paese, un paese ancora giovane e tendenzialmente povero; altri sistemi, come quello del giudizio orale sono stati respinti; ma il codice, alla sua epoca, è stato salutato come un progresso importante, soprattutto per quello che riguarda la durata del processo; così, sarebbe possibile ipotizzare che prima della nascita del codice penale i problemi della giustizia penale erano conosciuti dai redattori del codice, consapevolezza che abbinata alla concezione della prescrizione come sostitutivo dell'espiazione, fecero che la sospensione fosse stata concepita, certamente, come un modo di dare più tempo agli organi della persecuzione ma, allo stesso tempo come una risorsa tramite la quale il processo non diventasse un nuovo e diverso castigo. Sarebbe, forse, l'unico modo di spiegare l'eccentricità del codice cileno su questo punto. Cercando di ricostruire l'istituto dalla norma dell'art. 96, si può arrivare ad una prima conclusione: il processo nel sistema cileno non ha la forza per far perdere il tempo guadagnato fino a quel momento e solo è utile per fermarlo; nessun luogo, almeno in questa

---

2004, p. 584.

<sup>85</sup> Essendo chiaro che una sentenza di proscioglimento o di non doversi procedere passata in giudicato non incidono nella prescrizione

<sup>86</sup> J. MERA, *op., cit.*, p. 728, J.L. GUZMÁN DALBORA, *Texto y Comentario*, cit., p. 476.

## CAPITOLO II

norma, possiedono altri istituti che in ordinamenti anche vicini sono in grado di paralizzare il decorso del tempo.

Nella parte speciale, l'art. 369 *quater* prevede che la prescrizione dei reati di natura sessuale che abbiano per vittima un minore solo inizia, per la vittima, dal momento in cui compia 18 anni; la dottrina si è pronunciata su questa norma solo una volta, ritenendo che non si tratterebbe di una causa di sospensione, bensì solo di una modifica al *dies a quo* e il cambiamento del tipo di azione penale – da pubblica a pubblica “*previa instancia particular*”; l'argomento, che solo l'avvio del processo sospende la prescrizione<sup>87</sup>, non persuade, perché non è detto che la norma del art. 96 del Cp chiuda le possibili cause di sospensione. Invece, a mio avviso, si tratta di una causa di sospensione, simile a quella prevista nel §78b del *StGB*<sup>88</sup> e che dipende in realtà di come definiamo la sospensione, questione che sarà trattata in seguito. Lo stesso problema si pone con la norma dell'art. 431 del Cp che prevede che l'azione per ingiuria o calunnia prescrive nel termine di un anno dal momento in cui l'offeso ha potuto ovvero avrebbe potuto ragionevolmente conoscere l'offesa.

### 1.1.2.4. Risultati preliminari

Dalla panoramica dei tre sistemi riportati, bisogna concludere che non è possibile definire – se vogliamo dare una definizione più o meno comune- la sospensione mediante le loro cause; da un lato il sistema italiano e tedesco sono simili, tra tradizione storica e stesura moderna, nel far dipendere la cessazione del decorso prescrizionale da circostanze o avvenimenti che si possono, in linea di massima, ricondurre al brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*; invece il sistema cileno sfugge da questo impianto e utilizza una circostanza tradizionalmente recepita come di interruzione per darle questo effetto particolare.

---

<sup>87</sup> S. PEÑA e M.E. SANTIBÁÑEZ, *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la ley 20.207 in Microjuris*, 2, gennaio 2008, p. 3.

<sup>88</sup> Questa causa di sospensione sarà esaminata approfonditamente nel cap.IV.



Se invece cerchiamo di indagare nel fondamento e finalità dell'istituto, allora si siamo in grado di trovare punti di contatto: in tutti i sistemi la sospensione ha per finalità dare agli organi della persecuzione più tempo per concludere l'indagine ed arrivare ad una conclusione. Come si voglia proporlo, ogni sospensione diventa, nei fatti, un allungamento dei termini di prescrizione. Ma questo *più tempo* non implica una sanzione per l'imputato; se da un lato la accusa ha bisogno di tempo per esercitare correttamente il potere statale a essa accordato, non si deve per questo danneggiare la posizione dell'imputato che continua ad essere un *potenziale colpevole*; questo spiega il fatto che, finito l'ostacolo che la legge definisce come sospensivo, il decorso continua normalmente, senza perdere il tempo guadagnato.

Il problema si pone al momento di determinare quali sono o devono essere le circostanze che consentono di dare più tempo all'esercizio del potere punitivo. Negli ordinamenti tedesco e italiano sono circostanze che non permettono di arrivare al processo o che paralizzano il processo; invece, nell'ordinamento cileno, almeno nell'ipotesi dell'art. 96, sarebbe *lo stesso processo* quello che giustificherebbe un allungamento dei termine di prescrizione ma solo un allungamento; mentre in Europa il processo conduce di solito all'interruzione, la scelta del codice cileno, più liberale in questo punto, permette solo un prolungamento del tempo e questo anche significa una certa visione del processo come tale; se in Italia e Germania il processo *elimina* il tempo già decorso, questo vuol dire in un certo senso che il processo si presenta non come il luogo in cui si deve determinare la responsabilità di un soggetto, ma il luogo dove quella responsabilità per quello che riguarda la prescrizione *si dà per supposta*. Quando si perde il tempo già decorso si perde per tutti: innocenti, colpevoli, autori e complici, ecc.

Tornando alla sospensione, nel sistema cileno possiamo concludere che questa è osservata da un angolo diverso dall'europeo; non si sospende *perché si è ostacolato il processo*, si

## CAPITOLO II

sospende *perché il processo ostacola la prescrizione*<sup>89</sup>. Da questa visuale, la prescrizione non è un accadimento patologico del sistema penale; è un traguardo, sebbene non augurabile, parte della normalità probabile di un sistema penale ragionevole. Resta comunque valido l'altro possibile motivo: trattandosi di un sistema di processo per definizione lento come era quello inquisitorio vigente in Cile nell'epoca della nascita del Cp e che ha avuto una lunga vita finché non è stata riformata la procedura nel 2000, il processo aveva bisogno di una causa di paralizzazione che non poteva essere la recidiva, riservata per l'interruzione.

### 1.1.3. *La perdita del decorso. L'interruzione*

L'interruzione è un altro istituto che discende, direttamente, dal diritto civile, e come è noto suoi antecedenti si possono rintracciare fino al tardo diritto romano. Al di là delle differenze tra le diverse cause di interruzione, il principio è sempre lo stesso: l'interruzione avviene perché dietro gli atti del processo, e soprattutto con l'esercizio dell'azione<sup>90</sup> si dimostra "la vitalità del diritto"<sup>91</sup>. In un istituto a cavallo tra il diritto sostanziale e processuale, l'interruzione così concepita è attendibile: la sanzione che rappresenta l'estinzione del diritto o dell'azione<sup>92</sup> non si può portare avanti se il soggetto dimostra un interesse ancora vivo. La situazione è diversa quando si parla di diritto penale. In un contesto dove in primo luogo non ci sono due parti con diritti e obblighi equiparabili e dove l'azione non è disponibile – o al meno non disponibile allo stesso livello del diritto privato – l'interruzione basata sull'idea della dimostrazione della vitalità del diritto pare molto

---

<sup>89</sup> La causa di sospensione dell'art. 96 del Cp cileno guarda una certa somiglianza con il comma IV del §78b del *StGB*; si tratta di una causa di sospensione per motivo dell'inizio di un processo e, come abbiamo visto in precedenza, è stata concepita soprattutto per casi molto complessi e che avrebbero bisogno di molto tempo.

<sup>90</sup> Si veda A. TRAGGIANO, *op. cit.*, p. 38. C'è una differenza tra l'interruzione nel diritto giustiniano e come concepita modernamente per quanto riguarda la causa dell'interruzione; mentre la contestazione è requisito per la pandettistica, per i giuristi del medioevo basta l'azione.

<sup>91</sup> *ivi*, p. 23.

<sup>92</sup> È stata una lunga polemica, anche nel diritto privato la natura della prescrizione. Si veda G. PANZA, Voce *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, pp. 213-230.

discutibile; e invece è stata recepita come fondamento dell'istituto, in termini quasi omologhi.

#### 1.1.3.1. Italia

Se la sospensione in Italia, come in altri ordinamenti risale, in parte, alla legislazione francese del ottocento, l'interruzione ha un'origine più antica e se si può dire così, più "nobile". L'interruzione sembra essere stata introdotta dai lavori dei pratici e si produceva con l'avvio del processo<sup>93</sup>.

La concezione degli atti del processo come in grado di interrompere la prescrizione arrivò quasi senza soluzione di continuità alle legislazioni pre-unitarie. I codici delle due Sicilie<sup>94</sup>, di Parma, il sardo-piemontese e il codice criminale estense prevedevano l'interruzione per atti del processo o dell'istruzione; l'eccezione è stata il Codice toscano che riteneva come causa interruttiva solo la sentenza di condanna.

Il codice Zanardelli adotta infine una soluzione di compromesso: la norma generale del comma 1 dell'art. 93 dispone che l'interruzione si verifica con la sentenza di condanna, in contraddittorio o in contumacia; dall'altro recepisce anche la concezione che certi atti del processo interrompono il decorso prescrizione, in questo caso, il mandato di cattura e qualsiasi provvedimento del giudice diretto contro di esso. Include anche una norma di prescrizione assoluta ma solo con riguardo al secondo comma: l'effetto interruttivo non si può prolungare per un tempo che oltrepassi nel complesso la metà dei termini di

---

<sup>93</sup> Sia il A. PERTILE, *op., cit.*, p. 174 sia il V. MANZINI, *op., cit.*, p. 422 ricordano che queste regole sono state elaborate da Farinaccio, Zuffus, Claro, ecc. Invece la commissione di un nuovo reato non si presentava originariamente come una causa di interruzione, ma come un requisito per la diminuzione della pena dopo il trascorso di non tutta la prescrizione, ma di una parte importante del tempo. Si veda A. PERTILE, *op., cit.*, p. 176 che ricorda vari passi di Farinaccio. In ogni modo, l'interruzione civile era un'istituzione di lunga tradizione.

<sup>94</sup> Ma come ricorda S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., p. 73 questa è stata non una disposizione di legge, - dato che il codice del 1819 non prevedeva l'interruzione dell'azione, ma solo della condanna, (tramite la recidiva)- bensì dottrina, prendendo la precedente regolamentazione che riteneva gli atti del processo come interruttivi.

## CAPITOLO II

prescrizione dell'art. 94<sup>95</sup>. Il fondamento degli atti interruttivi si trova nel tener vivo l'interesse sociale della pena attraverso gli atti della procedura<sup>96</sup>.

Nonostante le autorevole critiche ad un tale impianto<sup>97</sup>, l'interruzione della prescrizione per atti del processo è arrivata poi al Codice Rocco, anche se più morigerata dal codice del 1889; le perplessità che durante la discussione del progetto erano scattate, ebbero come conseguenza che il Guardasigilli accettasse la proposta di includere un elenco tassativo di atti interruttivi oltre alla sentenza di condanna. Il fondamento si mantiene: “attraverso l'attività dello Stato nel perseguire il reato la persistenza di quell'interesse a punire, mancando il quale non può parlarsi di prescrizione”<sup>98</sup>. La norma, prima della legge ex-Cirielli del 2005, è rimasta quasi senza modifiche<sup>99</sup> e anche dopo lo spirito originale, risalente ai codici preunitari, come abbiamo visto, si è preservato.

La legge ex-Cirielli ha modificato l'impianto prescrizionale in due importanti aree: la prima è stata analizzata nel paragrafo di questo capitolo dedicata al termine di prescrizione; la seconda modifica d'importanza riguarda l'applicazione delle circostanze del reato per il computo della recidiva. Mentre l'originale art. 157 indicava che si doveva tener conto dell'aumento delle aggravanti e delle diminuzioni delle attenuanti, e il collegamento con l'art. 69 nel caso di concorso di circostanze, il nuovo art. 157, proibisce sia il meccanismo del concorso di circostanze, sia l'utilizzo delle circostanze per determinare il tempo prescrizionale, tranne quelle aggravanti (e solo aggravanti) ad effetto speciale, caso in cui si

---

<sup>95</sup> Per un elenco dei provvedimenti interruttivi, oltre al mandato di cattura, si veda G.B. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 335.

<sup>96</sup> *ivi*, p. 336.

<sup>97</sup> Come è noto, F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Prato, 1878, p. 102 si è dimostrato non solo nemico dell'interruzione per atti del processo, ma anche dell'interruzione in generale. Afferma, a ragione, che quest'istituto è passato dal diritto civile al penale senza la dovuta riflessione sulle importanti differenze che esistono tra le due branche del diritto. Ma il motivo più importante era il pericolo di arbitrarità che questa teoria porta con sé, arbitrarità che si potrebbe manifestare in un allungamento ad eternum dei termini di prescrizione.

<sup>98</sup> C. SALTELLI, e E. DI FALCO, *Commento teorico pratico del nuovo Codice penale*, vol. II, Torino, 1931, p. 300; similmente R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 4<sup>a</sup> edizione, Torino, 1967, p. 973.

<sup>99</sup> Con il d.l. di 28 luglio 1989 di attuazione e coordinamento del codice di procedura penale, entrata in vigore il 24 ottobre 1989 si sono aggiunti altre atti all'elenco.

deve tener conto dell'aumento massimo di pena. In questo elenco di circostanze, gioca un ruolo preponderante la recidiva.

L'art. 99 del codice che disciplina la recidiva, è stato al centro dell'attenzione del legislatore. La modifica gira in torno a tre profili diversi: il tipo di reato il quale, se c'è una precedente condanna, origina la recidiva (adesso solo dolosi); l'inasprimento dell'eventuale aumento della sanzione punitiva (adesso da un terzo a fino a due terzi); e, infine, prevede una recidiva obbligatoria, nel caso del terzo comma.

La riforma in commento è stata criticata da diverse angolature. Per cominciare, l'esclusione dei reati colposi, anche se si può ritenere come una misura volta alla depenalizzazione, non è abbastanza coerente, poiché questi tipi di reati sono tanto o più lesivi dei beni giuridici fondamentali; forse, la riforma sarebbe più degna di plauso se, insieme a questa depenalizzazione, si aggiungessero altri reati (dolosi, ma di scarsa entità), che rivelassero un atteggiamento da parte del legislatore più in armonia con una scelta di *ultima ratio*; poi, è evidente che l'aumento della sanzione ha uno scopo particolare: neutralizzare i soggetti ritenuti pericolosi<sup>100</sup>, fine più vicino alla logica dei "Three strikes and you out" degli Stati Uniti che ad una politica criminale razionale. Per quanto riguarda le ipotesi di obbligatorietà, è evidente che la legge costituisce un ritorno a un diritto penale d'autore, che la stessa legislazione e la giurisprudenza avevano "smantellato"<sup>101</sup>.

La giurisprudenza e la dottrina, prima della riforma del 2005, erano d'accordo sul fatto che il calcolo del tempo necessario a prescrivere, doveva accogliere l'aumento di pena per la recidiva<sup>102</sup>. Gli argomenti girano intorno al fatto che la recidiva è una circostanza che, insieme ad altre, contribuisce a determinare la pena; quindi, non valutarla sarebbe dimenticare un elemento che fa parte dell'illecito. Ma dopo l'intervento legislativo del 2005, la recidiva gioca un ruolo più vasto di fronte alla prescrizione, difficilmente

---

<sup>100</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, p. 51.

<sup>101</sup> A. BARAZZETTA, *op. cit.*, p. 176. L'art. 99 era stato modificato dalla riforma di 1974, precisamente con l'obiettivo di far diventare la recidiva facoltativa per il giudice.

<sup>102</sup> A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig., it.*, 1966, pp. 679-707, p. 686.

## CAPITOLO II

conciliabile con la *ratio* dell'estinzione del reato. Dato che la recidiva è una circostanza ad effetto speciale, per lo meno le ipotesi di recidiva reiterata e obbligatoria, si deve tener conto di essa per il computo della prescrizione in un elenco di situazione troppo ampio. I suoi effetti sono particolarmente forti nel caso della recidiva del quinto comma dell'art. 99, dato che l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio e non inferiore ad un terzo della pena da infliggere, ostacolando la facoltatività del giudice guadagnata nella riforma del 1974<sup>103</sup>. D'altro canto, la recidiva influisce, in base al secondo comma dell'art. 161 c.p. sulla vicenda interruttiva, dato che dichiara che l'aumento dovuto all'interruzione non comporta l'aumento più della metà nel caso del secondo comma dell'art. 99 (recidiva speciale) e di due terzi nel caso del quarto comma della stessa norma (recidiva reiterata).

### 1.1.3.2. Germania

In Germania, come in altri stati, l'interruzione aveva degli antecedenti più risalenti nel tempo e compariva spesso nelle diverse legislazioni precedenti al codice del 1871. L'influsso esercitato dalla dottrina italiana dei pratici e post glossatori fece che la prescrizione, nel diritto comune tedesco, si interrompesse con l'inizio del processo ovvero con la presentazione della querela<sup>104</sup>. L'Illuminismo e il suo tendenziale rifiuto dell'istituto prescrittivo portarono avanti l'idea che l'intervento del magistrato nel processo doveva produrre un certo effetto anche sulla prescrizione, e quindi una certa riduzione dei suoi negativi effetti sulla concezione di giustizia penale che sostenevano; quest'idea è passata pure al diritto germanico; ma, limitandoci alle due fonti più importanti del Codice del Reich del 1871, il codice bavarese e il codice prussiano, possiamo trovare importanti differenze: il primo prevedeva, *ex-art. 96* l'interruzione, fondamentalmente tramite la recidiva

---

<sup>103</sup> L'istituto, così concepito, determina il percorso da una recidiva in sede di colpevolezza (per lo meno come ritenuta per qualche autore) ad una recidiva come mero sintomo di pericolosità sociale e, dunque, presuntiva: T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9° edizione, Milano, 2008, p. 267: se l'aumento di pena è non solo *obbligatorio*, ma anche *fisso*, non potrà mai essere ascritto al giudizio di colpevolezza, che implica per sua stessa natura un riferimento personale, svolto in concreto e non in forza di vincoli normativamente precostituiti. Il doppio vincolo -obbligatorietà-fissità- introduce una vera e propria *presunzione legale di pericolosità* a carico del recidivo soggetto a tale regime".

<sup>104</sup> M. LORENZ, *op., cit.*, p. 14; A. KOVÁTS, *L'interruzione della prescrizione in diritto penale*, in G., BATTAGLINI (a cura di) *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma, 1930, pp. 351-355 p. 352; per B. DE VILLERET, *op., cit.*, p. 175 è invece un istituto moderno.

(commettere un crimine o un delitto doloso prima del trascorso del termine<sup>105</sup>) e anche con qualsiasi attività d'indagine o del processo compiute dal giudice o dalle autorità della persecuzione. Nel primo caso la nuova prescrizione cominciava dal momento della commissione del nuovo reato (e non dal momento della decisione sulla sua colpevolezza)<sup>106</sup>. Il codice prussiano, invece, consacrava come causa prescrittiva nel §48 solo la seconda ipotesi del codice bavarese, cioè, ogni atti del processo come la querela, attività del Pubblico Ministero, decisioni dei Giudici, l'apertura, continuazione e chiusura dell'indagine e la detenzione dell'imputato; il §49 prevedeva che, interrotta la prescrizione, cominciava a decorrere una nuova per ogni atto interruttivo che ci fosse; e che questo nuovo termine non decorreva se l'imputato si sottraeva della giustizia attraverso la fuga. In entrambi i codici il fondamento di questa causa di interruzione risale alle fonti francesi<sup>107</sup>, specie al *Code d'Instruction criminelle*<sup>108</sup>.

Questa concezione dell'interruzione è stata recepita dal *StGB* del 1871, nel §68 che indicava che ogni atto del Giudice –ma solo del Giudice e non di altre autorità come la *Staatsanwaltschaft*-, rivolto all'imputato per la commissione di un reato, conformemente al §68 comma II interrompeva la prescrizione e solo quegli atti indirizzati all'imputato come presunto autore di un reato e non gli atti preliminari dell'indagine<sup>109</sup>. Con ogni atto dei giudici decorreva un nuovo termine di prescrizione. Questa disposizione solo è stata modificata tramite la 4a Legge di riforma al Codice penale del 23 novembre del 1973 che aggiunge un IV comma; questa disposizione ha avuto una vita effimera<sup>110</sup> dato che nel 1974

---

<sup>105</sup> Che comunque era un passo avanti rispetto al Codice bavarese del 1813 che prevedeva come condizione del decorso totale della prescrizione la buona condotta dell'imputato. Cfr. P. SCHWEISTHAL, *Das bayerische Strafgesetzbuch von 1861*, Monaco, 1992, p. 97. Secondo T. ERDMANSDÖRFFER, *op., cit.*, p. 43, il motivo dietro questa disposizione risiede nel fatto che con il nuovo reato si rivitalizza la memoria del reato in corso di prescrizione e con quello l'interesse pubblico per il suo castigo, eliminando in questo modo il suo fondamento.

<sup>106</sup> Cfr. M. STENGLEIN, *Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, Monaco, 1869, p. 156.

<sup>107</sup> Così per il codice prussiano G. BEFELER, *Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten*, Lipsia, 1851, p. 201.

<sup>108</sup> Il fondamento dell'idea dietro l'interruzione per atti del processo risiede nel fatto che, una volta attivate le indagini non ci sarebbe nessun fondamento per "proteggere il colpevole". B. DE VILLERET, *op., cit.*, p. 175

<sup>109</sup> Cfr. F. LISZT, *op., cit.*, p. 411;

<sup>110</sup> È in realtà una norma relativa al diritto intertemporale; indicava che se al momento della commissione del fatto c'era una legge penale valida e prima della sentenza questa era modificata e per questo motivo si

## CAPITOLO II

con l'entrata in vigore della 2a legge di riforma al *StGB*, la norma acquisisce la sua attuale posizione e in larga misura il suo attuale contenuto<sup>111</sup>. La nuova norma non solo considera gli atti del Giudice come interruttivi; diversamente dalla configurazione precedente e similmente alla vecchia regolamentazione dell'istituto presso i codici prussiano e bavarese, anche atti degli organi persecutori possono interrompere la prescrizione. La dottrina riconosce due finalità della norma: in primo luogo, impedire la maturazione del termine prescrizione mentre il processo pende; la seconda che, tramite il limite massimo fissato dalla prescrizione assoluta (coma III), si escluda la possibilità di ripetere discrezionalmente gli effetti interruttivi<sup>112</sup> e così si impedisce la possibilità di una imprescrittibilità fattuale<sup>113</sup>.

La norma attuale prevede un catalogo di dodici cause d'interruzione che si possono caratterizzare come atti processuali o atti che riguardano il processo nei suoi diversi stadi. La maggior parte sono atti giudiziari (esclusivamente: n. 2, 4, 5, 7, 9, 12) altri non esclusivi dei giudici bensì realizzati anche da altre autorità come il Pubblico Ministero o la Polizia (n. 1, 3, 10, 11) e per lo meno uno esclusivamente del Pubblico Ministero o del querelante (n. 6). Comunque, tutte gli atti corrispondono o provengono solo delle autorità tedesche e non di autorità straniera. Gli atti devono rivolgersi ad un soggetto in specifico; ma l'imprecisione sull'individuazione non incide sull'atto interruttivo, richiedendosi solo un "imputato formale"; neanche le imprecisioni sulla fattispecie sono rilevanti<sup>114</sup>.

Da questa analisi sullo sviluppo dell'interruzione in Germania, si può concludere che l'interruzione sempre è stata legata all'idea che il processo è (e deve essere) in grado di far perdere il tempo acquisito prima dell'atto interruttivo ed è innegabile che l'origine, un'altra volta, è civilistica<sup>115</sup>. La concezione dell'interruzione a causa della recidiva è stata

---

riduceva il termine di prescrizione, gli atti di interruzione conservavano la loro efficacia prima dell'entrata in vigore della nuova legge ormai realizzate, anche nel caso che al momento della interruzione del processo, secondo il nuovo diritto, già avesse prescritto l'azione. Oggi è il V comma del §78c.

<sup>111</sup> La brevità della norma precedente generò una "insoddisfacente casuistica" che determinò la modifica della norma. Cfr. SCHMID, *op., cit.*, p. 1551.

<sup>112</sup> F. SALIGER, *op., cit.*, p. 2521.

<sup>113</sup> W. MITSCH, *op., cit.*, p. 1479.

<sup>114</sup> *ivi*, p. 1480.

<sup>115</sup> F. SCHWARZE, *Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung im Strafrechte*, Erlangen, 1867, p. 82.



prontamente abbandonata per l'idea che dietro ogni atto del processo (o per lo meno di quelli che hanno una certa portata) si rivela la volontà dello stato di applicare il diritto penale<sup>116</sup>. Comunque, ed essendo la prescrizione in Germania un fenomeno di natura processuale secondo la dottrina maggioritaria, rimane di difficile spiegazione il III comma del §78c: la prescrizione assoluta cioè il limite degli effetti temporale dell'interruzione difficilmente si può collegare a questioni di economia processuale; se lo Stato attraverso gli atti del giudice dimostra l'interesse e la volontà di continuare il percorso verso la punizione (o meglio, verso l'accertamento di un reato *per poi* punire), allora nessun ostacolo temporale, mentre questa volontà continua a manifestarsi, dovrebbe limitarle; il pericolo dell'imprescrittibilità – così come la stessa imprescrittibilità, non si può spiegare senza far riferimento a questioni di natura sostanziale.

#### 1.1.3.3. *Cile*

Prima dall'indipendenza del Cile le norme penali vigenti non alludevano all'interruzione, non trovandosi riferimenti su quest'istituto nelle vecchie fonti come ad esempio *Las Partidas* o la *Novísima Recopilación*.

Il Codice cileno recepisce nell'art. 96 una vecchia forma di interruzione, la commissione di un altro reato che solo era stata causa di sospensione nel codice penale spagnolo del 1822.

Bisogna dire qualcosa sull'origine storica di questa causa di interruzione.

Sembra chiaro che l'interruzione in generale e, specie, per recidiva è passata al diritto penale dal diritto comune, quando prescrizione civile e penale formavano un insieme indifferenziato<sup>117</sup>. È vero che la buona condotta dell'imputato tra la commissione del reato che si sta prescrivendo e l'arrivo della prescrizione era stata recepita in altri ordinamenti nel sistema della prescrizione del reato, ma non esattamente come causa di interruzione, bensì come condizione per la prescrizione; così al meno nel codice bavarese del 1813. Altro

---

<sup>116</sup> Per tutti, si veda H. SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, in *JURA*, n° 6, 2012, pp. 433-443 che in modo molto didattico spiega il fondamento di quest'istituto.

<sup>117</sup> J.L. GUZMÁN DALBORA, *Texto y Comentario*, cit., p. 473.

## CAPITOLO II

esempio di quest'idea è il codice austriaco del 1803 che richiedeva la mancanza di nuove delitti e che aggiungeva come requisito copulativo, che l'imputato si fosse adoperato, per quanto era possibile, a riparare il danno arrecato dalla sua condotta<sup>118</sup>.

La accettazione della recidiva come circostanza interruttiva è stata correttamente riconosciuta dalla dottrina cilena come una conseguenza logica di ammettere come fondamento della prescrizione l'emenda del delinquente accanto ad altri fattori, come ad esempio, che il nuovo reato riaccende l'allarme sociale arrecato dal primo reato<sup>119</sup>. Si tratta di un istituto molto criticato per motivi evidenti: è inconciliabile con un diritto penale del fatto<sup>120</sup>. Questa situazione si aggrava se si tiene conto che il Cp cileno non ha regolamentato la c.d. prescrizione assoluta - solo ha, come abbiamo visto, un istituto simile che riguarda solo la sospensione- per cui è possibile che un reato anche di piccola gravità diventi imprescrittibile<sup>121</sup>. È evidente che si tratta di una norma indirizzata ad un certo tipo di delinquenza, questione che cancella il carattere liberale che il codice aveva dimostrato fino a questo punto nel modo di regolare l'istituto prescrittivo, anche se qualche autore la reputa una scelta giustificata e migliore di altri sistemi<sup>122</sup>.

### 1.1.3.4. Risultati preliminari

L'interruzione della prescrizione, similmente alla sospensione, è arrivata al diritto penale tramite una irriflessiva esportazione dal diritto civile. I fondamenti che la dottrina ha cercato per giustificarla non convincono; sia l'idea di espiazione e allarme sociale, sia che il processo dimostrerebbe una specie di attualizzazione dell'interesse dello Stato nella repressione dei reati, non sono in grado di spiegare *per quale motivo si deva perdere tutto il tempo trascorso dal momento della commissione del fatto*, particolarmente se gli

---

<sup>118</sup> A. PERTILE, *op., cit.*, p. 174. Ancora oggi, il *StGB* austriaco prevede come una causa di prolungamento del termine di prescrizione la commissione di una nuova condotta minacciata con una pena nel §58 comma 3; la norma è severissima: la prescrizione del primo reato non si verifica finché non sia trascorso tutto il termine di prescrizione del nuovo reato.

<sup>119</sup> A. FUENSALIDA, *op., cit.*, p. 677, G. YUSEFF, *op., cit.*, p. 115, J.E. VARGAS VIANCOS, *op., cit.*, p. 155.

<sup>120</sup> J.L. GUZMÁN DALBORA, *Texto y Comentario*, cit., p. 473.

<sup>121</sup> M. GARRIDO MONTT, *op., cit.*, p. 379.

<sup>122</sup> Così G. YUSEFF, *op., cit.*, p. 116.

ordinamenti prevedono anche cause di sospensione. Probabilmente da questa cattiva coscienza si possono dedurre le norme di prescrizione assoluta che compaiono nel diritto italiano e tedesco; consapevoli che qui non stiamo trattando con diritti del creditore, e davanti al pericolo di una prescrizione solo virtuale ma non reale, è fissato un limite temporale.

In Spagna, dove non ci sono cause di sospensione -tranne una, simile alla sospensione del decorso in casi di reati di natura sessuale contro minorenni del §78b del *StGB*- ma solo di interruzione per atti del processo, mancando anche una norma sulla prescrizione assoluta, il tema è stato molto discusso in senso critico. Le opinioni più recenti si indirizzano a una decisa condanna di quest'istituto per essere assolutamente incompatibile con il fondamento stesso dell'istituto della prescrizione penale<sup>123</sup>.

### *1.2. Elementi non essenziali della prescrizione*

Abbiamo analizzato, nella sezione precedente, gli elementi essenziali della prescrizione penale, cioè gli elementi che, almeno nelle tre esperienze giuridiche riportate, non mancano mai. In questa sezione, invece, saranno riportati altri elementi o effetti della prescrizione che sfuggono a questo impianto, per così dire, minimo. Da altro canto, questi elementi non si presentano in tutti gli ordinamenti.

#### *1.2.1. Il decorso del tempo come circostanza attenuante*

Una volta trascorso tutto il tempo richiesto dalla legge penale, senza l'intervento di circostanze sospensive ed interruttrive, si verifica l'effetto proprio della prescrizione: l'estinzione del reato, l'esclusione della pena, ecc. Ma c'è anche un'altra possibilità, almeno in qualche ordinamento: il decorso parziale del termine può portare la conseguenza di attenuare le conseguenze giuridiche del reato.

---

<sup>123</sup> Così A. GILI PASCUAL, *La prescripción en el Derecho penal*, Elcano, 2001, p. 182 che difende la tesi che il fondamento della prescrizione sia il degrado del bisogno di pena e F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *op., cit.*, p. 254, che sostiene che la prescrizione di fonda su motivi di politica giuridica sul bisogno sociale di non far prolungare eccessivamente situazioni giuridiche pendenti.

## CAPITOLO II

Si tratta di un istituto che solo di rado compare sulle legislazioni penali moderne. Oggi possiamo citare due esempi: l'art. 103 del Cp cileno e l'art. 57 del *StGB* austriaco.

Come tanti altri contributi, la prescrizione graduale o mezza prescrizione è stata una creazione dei pratici. Sono stati loro a chiedere che un lungo decorso temporale che non arrivasse alla prescrizione fosse tenuto in conto per misurare la reazione penale nei suoi confronti<sup>124</sup>, richiedendosi anche la buona condotta del soggetto durante il decorso prescrizione. Come hanno fatto notare diversi autori si tratta di una conseguenza della concezione della prescrizione come modo di espiare la colpa per il suo reato<sup>125</sup>.

Queste norme, disperse in un primo momento, sono passate dopo alle legislazioni di diverse nazioni: ad esempio, nel Codice penale del Regno di Württemberg, art. 113<sup>126</sup>; nel Codice penale bavarese del 1861, nel suo art. 100, ma riservata solo per la prescrizione della pena<sup>127</sup>; poi, questa forma di attenuazione è stata recepita dal Codice penale austriaco del 1852 nel suo §231, il quale dopo avere dichiarato i reati comminati con pena di morte imprescrittibili, manifesta che quando fosse trascorso un termine di vent'anni dal momento della commissione del fatto doveva imporsi una pena di reclusione tra dieci e vent'anni.

Come dicevamo, oggi il *StGB* austriaco del 1974 che ha abrogato la pena di morte riserva invece questa attenuazione ai reati puniti con l'ergastolo<sup>128</sup>; invece il Cp cileno prevede questa attenuazione per tutti i reati<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> M. LORENZ, *op., cit.*, p. 14; A. PERTILE, *op., cit.*, p. 176 chi riporta i passi di Farinaccio e Claro.

<sup>125</sup> Y. HONG, *op., cit.*, p. 54.

<sup>126</sup> Questa norma prevedeva l'attenuazione della pena obbligatoriamente se avevano trascorsi due terzi del termine di prescrizione per i reati minacciati con pena di morte o l'ergastolo e altri reati perseguibili di ufficio, senza che il soggetto si fosse macchiato di un altro reato. La norma sarebbe ispirata, in parte, al pensiero di Bentham; un decorso non totale ma parziale, accanto alla buona condotta del soggetto dimostrano un miglioramento nella sua condotta e quindi meriterebbe una certa ricompensa. Cfr. C.F. HEPP, *Commentar über das neue württembergische Strafgesetzbuch*, Francoforte, 1989, p. 770.

<sup>127</sup> Il suo fondamento è stato riconosciuto come un motivo umanitaristico. Cfr., P. SCHWEISTHAL, *op., cit.*, p. 99.

<sup>128</sup> §57 comma 1. *StGB* austriaco: Le condotte punibili comminate con l'ergastolo o con una pena detentiva da dieci fino a vent'anni non si prescrivono; ma, dopo il decorso di un termine di vent'anni invece dall'ergastolo

Nella dottrina austriaca, la norma del §57 è stata pacificamente ritenuta una circostanza attenuante<sup>130</sup>. In Cile, dalle parole della legge si deve arrivare alla stessa conclusione, cioè, sarebbe una circostanza attenuante; ma di solito la dottrina cilena non elenca questa norma come una circostanza di questo tipo<sup>131</sup>. Sembra che questo sia dovuto al fatto che la norma manifesta che “dovrà considerarsi il fatto come caratterizzato da due o più circostanze attenuanti... e da nessuna aggravante” rinviando la norma alle regole della determinazione giudiziaria della pena; ma l’effetto resta sempre assolutamente attenuante soprattutto se si prende l’interpretazione che vede in questa norma non come facoltativa ma obbligatoria nella sua applicazione da parte del giudice<sup>132</sup>.

In realtà il problema di ermeneutica della norma cilena è dovuto, soprattutto, al fatto che tramite il suo effetto, molte condanne dei criminali giudicati per violazioni ai diritti umani commessi durante la dittatura di Pinochet hanno beneficiato di questa attenuazione, diventando le condanne agli occhi della pubblica opinione e delle vittime o suoi parenti, ridicole<sup>133</sup>. In ogni modo, questo problema sarà trattato più avanti al momento di parlare

---

si applica una pena detentiva da dieci fino a vent’anni. Per il termine sono valide le norme del comma 2 e del §58 rispettivamente.

<sup>129</sup> Art. 103 Cp cileno: Se il responsabile si costituisce o viene arrestato prima che sia spirato il termine della prescrizione dell’azione penale o della pena, ma quando è già trascorsa almeno la metà del tempo richiesto dalle prescrizioni nei rispettivi casi, il tribunale dovrà considerare il fatto come caratterizzato da due o più circostanze attenuanti di speciale importanza e da nessuna aggravante, applicando così le norme degli articoli 65, 66, 67 e 68, sia per quanto concerne l’imposizione della pena, sia per quanto riguarda la diminuzione di quella già comminata.

Questa norma non si applica alla prescrizione delle contravvenzioni e non riguarda le prescrizioni abbreviate.

<sup>130</sup> E. FOREGGER, ed E. SERINI, *Strafgesetzbuch*, Vienna, 1988, p. 171; MAREK, E., §§ 57-60, in HÖPFEL, F., e RATZ, E., *StGB Wiener Kommentar*, Wien, Manzsche Verlag, 2011, pp. 1-36, p. 8.

<sup>131</sup> Per tutti S. POLITOFF, J.P. MATUS e M.C. RAMIREZ, *op. cit.*, p. 504.

<sup>132</sup> La norma è stata il centro di una lunga polemica dogmatica e giurisprudenziale. Come l’art. 103 rinvia l’applicazione dell’attenuante agli articoli 65 a 68 del Cp che parlano solo di “potrà” imporre od applicare circostanze attenuanti o aggravanti (questa la posizione di S. POLITOFF, J.P. MATUS e M.C. RAMIREZ, *op. cit.*, p. 528; G. YUSEFF, *op. cit.*, p. 163; E. NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal*, tomo II, Santiago, 1966, p. 501). La posizione minoritaria in Cile, comunque, fa appello a migliori argomenti; il senso letterale dell’art. 103 non lascia dubbi (dovrà considerare) e dall’altro canto, le norme degli artt. 65 a 68 non parlano di due o più circostanze attenuanti ma sempre solo una e sono dell’opinione che il giudice in questi casi non ha nessuno spazio di manovra e quindi deve applicare l’attenuante (J.L. GUZMÁN DALBORA, *Texto y Comentario*, cit., p. 484; J. MERA, *op. cit.*, p. 103; M. GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 382).

<sup>133</sup> Cfr. K. FERNÁNDEZ e P. SFERRAZZA, *La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones a derechos humanos*, in *Estudios constitucionales*, n° 1, 2009, pp. 299-330, p. 311; G. AGUILAR, *Crímenes*

## CAPITOLO II

dell'imprescrittibilità perché il tema è intimamente connesso alla deroga della prescrizione come circostanza estintiva della responsabilità criminale per i reati contro l'umanità.

Bisogna, adesso, cercare il fondamento di quest'istituto. Di solito si afferma che i sistemi che fondano le norme prescrizionali sulla presunta espiazione del delinquente durante il decorso del tempo hanno, come conseguenza logica, l'attenuazione della pena se quel decorso fosse stato compiuto solo in parte. Infatti, se la pena è ritenuta un male che sostituisce il male della pena, allora il tempo in cui il soggetto è stato contumace funziona come un sostitutivo della pena, dato che si presuppone che il delinquente, durante quel periodo, ha dovuto subire la paura, l'angoscia di essere scoperto e sottoposto a giudizio; così se il decorso totale della prescrizione conduce all'impunità, un decorso parziale ma importante del termine conduce all'attenuazione della sanzione penale<sup>134</sup>.

Tuttavia, sarebbe possibile trovare un altro fondamento della prescrizione graduale, diverso dalla teoria dell'espiazione e dei suoi problemi. Se la prescrizione ha come fondamento la perdita del bisogno di pena tramite il decorso temporale, allora un decorso non assoluto dovrebbe in qualche modo portare delle conseguenze nella sanzione. Il bisogno di pena non si estingue automaticamente, da un giorno all'altro, bensì gradualmente e questa graduazione deve avere un riflesso nell'entità della sanzione<sup>135</sup>.

Le due teorie, come è semplice capire, hanno una struttura molto diversa; mentre nella prima tutto è sbilanciato sulla soggettività del delinquente - e spiegherebbe perché i pochi ordinamenti che contemplano questo tipo di prescrizione esigono come condizione dell'estinzione del reato la buona condotta del soggetto durante tutto il termine – la seconda

---

*internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno*, in *Ius et Praxis*, n° 2, 2008, pp. 147-205, p. 157.

<sup>134</sup> La teoria dell'espiazione sia come fondamento della prescrizione, sia come fine della pena è stato maggioritariamente respinto dalla dottrina. Cfr. Cap. III.

<sup>135</sup> Così ad esempio K. BINDING, *op. cit.*, p. 823 nota 4: "È assolutamente possibile che il legislatore tramite il decorso del tempo ritenga estinti i bisogni di pena, e lui può farlo da tre punti di partenza: (...) 2. O trovare che il tempo durante il quale il delinquente è stato sotto l'anatema della paura, prima di aver vissuto la pena, sarebbe penalmente come un male, che lui sopportò come una pena convalidata (...) e conduce al conseguente riconoscimento del decorso parziale del tempo di prescrizione come una circostanza attenuante".

è squisitamente oggettiva: non è importante quello che è successo al delinquente durante quel periodo, bensì come la comunità recepisce quel tempo non totale ma parziale; e la teoria presuppone che il bisogno di pena è indebolito con il tempo. Da questo secondo punto di vista la recidiva perde assolutamente la sua importanza e non dovrebbe essere una condizione né per la prescrizione totale, né per la prescrizione parziale.

Quale sia il fondamento della prescrizione graduale dipende, allora, da quale sia il ruolo della recidiva per il computo del termine. Ma bisogna innanzitutto chiarire un punto: l'ordinamento austriaco non prevede l'interruzione della prescrizione del reato, ma solo della pena, nel §60 comma 3. Per quanto riguarda la prescrizione del reato questa solo si sospende nel caso in cui il soggetto abbia commesso un altro reato di uguale gravità; in questo caso il decorso prescrizionale del primo reato non continua finché non sia trascorso tutto il termine del secondo reato<sup>136</sup>. Da altro canto, la Corte suprema austriaca ha dichiarato che la recidiva del §39 del StGB non possiede nessun effetto sul computo del termine di prescrizione<sup>137</sup>. Invece, come abbiamo visto, il Cp cileno prevede espressamente la recidiva come circostanza interruttiva. Preliminarmente, si potrebbe arrivare, allora, a questa conclusione: la prescrizione graduale (ma anche la prescrizione normale) in Cile si basa, almeno secondo la volontà del legislatore storico, sull'espiazione del reato per il decorso temporale; mentre in Austria tolto ogni effetto importante alla recidiva per il computo del termine – restando in ogni modo come circostanza sospensiva- la prescrizione modernamente si orienta, soprattutto, all'indebolimento e scomparsa dei bisogni di pena scaturenti dal reato.

### 1.2.2. *Rinunciabilità della prescrizione*

Le conseguenze della prescrizione presuppongono l'estinzione del reato (o come detto precedentemente e in linea di massima, la non assoggettabilità ad una pena) come un effetto che si verifica al di là della concreta responsabilità del soggetto nel caso concreto e questo

---

<sup>136</sup> E. FOREGGER ed E. SERINI, *op., cit.*, p. 180; E. MAREK, *op., cit.*, p. 17.

<sup>137</sup> Cfr. RZ, 1977, 99.

## CAPITOLO II

per la caratteristica della sua dichiarazione di ufficio da parte del giudice in qualunque stato del processo; le norme della prescrizione, infatti, non si rivolgono al soggetto, bensì ai magistrati. Come risulta evidente una dichiarazione di reato prescritto non presuppone l'innocenza del soggetto ma solo la circostanza che dopo un lungo decorso temporale si producono certi effetti che si oppongono ai principi e fondamenti che consigliano non doversi procedere e finire il processo se avviato o semplicemente chiudere un'indagine.

Alla legittima domanda se la prescrizione possa essere rinunciata, si potrebbe rispondere con un'altra: se una sentenza di assoluzione può essere ritenuta un diritto dell'imputato oppure no. La risposta non è scontata, soprattutto per le caratteristiche del processo penale attuale e la posizione dell'imputato dentro lo stesso sistema.

Come è noto, la rinunciabilità della prescrizione è stata un'opera della Corte Costituzionale<sup>138</sup> che dalla rinunciabilità della amnistia<sup>139</sup> ha trovato gli argomenti per concludere che la prescrizione dovrebbe anche prevedere la possibilità della rinuncia. In ogni modo, la linea argomentativa della Corte, incentrata più che altro sulla discrezionalità della sua applicazione in concreto sembra assai debole come la stessa dottrina ha rilevato; sarebbe stato meglio se l'argomento fosse stato la presunzione d'innocenza come diritto fondamentale.

Qui interessa chiedersi se la rinunciabilità è compatibile con la prescrizione, momentaneamente solo per quello che riguarda la sua veste positiva, cioè, come è stata regolamentata dall'ordinamento giuridico. La domanda non è del tutto semplice. La rinuncia, come è stato rilevato è un istituto del diritto privato che presuppone l'esistenza di un diritto che, appunto, rientra nella sfera di disponibilità del soggetto e non è agevole spiegare come si può rinunciare ad un effetto giuridico, l'estinzione, che non dipende di lui;

---

<sup>138</sup> Si tratta, come è noto, della sentenza 275/1990.

<sup>139</sup> La sentenza della Corte sulla rinunciabilità dell'amnistia risale al 1971. Solo dopo una lunga attesa le conseguenze di questa sentenza sono state paragonate alla prescrizione. Su questo processo di lento recepimento, si veda P. RIVELLO, *La rinunciabilità della prescrizione dopo un recente intervento della Corte Costituzionale*, in *Legislazione Penale*, 1990, II, pp. 717-731.



per questo e altri motivi, la dottrina preferisce la dizione “rifiuto”, che non presuppone la dimissione di un diritto già presente nel patrimonio del rinunciante<sup>140</sup>.

Se visto dalla visuale della prescrizione, il rifiuto all’operatività della causa di estinzione sembra un elemento di disturbo difficile da giustificare. Le cause di estinzione devono essere dichiarate di ufficio, al di là del accertamento dell’innocenza o colpevolezza dell’imputato; come regolamentata del ordinamento italiano, ad esempio, esula dei fondamenti della prescrizione, cioè l’indebolimento dell’interesse sociale nella punizione di un fatto ormai lontano e comporta una distorsione delle finalità del processo se ritenute come un luogo dove l’interessi delle “parti” sono assolutamente secondarie davanti l’interesse dello Stato. Ma analizzata più attentamente, specie e innanzitutto dalla posizione dell’imputato, la rinunciabilità o rifiuto, nulla ha che vedere con la causa di estinzione. In realtà è solo la conseguenza quasi normale di portare fino alle ultime conseguenze il diritto fondamentale ad essere ritenuto innocente finché non ci sia un accertamento del fatto di reato<sup>141</sup>. Se il processo penale ha come finalità sia la determinazione della concreta responsabilità di un soggetto per un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, sia la determinazione della sua innocenza, allora non ci sarebbe neanche il bisogno di una determinazione legale precisa della rinunciabilità.

D’altro canto non sono da disdegnare i possibili effetti negativi della accettazione nell’ordinamento, della rinuncia; questo, perché se la possibilità esiste, allora quelli che non prendono la strada “dell’onorabilità (cioè, di continuare con il processo per accertare l’innocenza) sono sotto il sospetto della veridicità dell’accusa<sup>142</sup>.

In ogni modo a mio avviso sembra che gli argomenti della Corte Costituzionale dopo la riforma alla prescrizione varata nel 2005 hanno perso buona parte della loro forza. Se la prescrizione è stata assimilata all’amnistia per quello che si riferisce la discrezionalità della

---

<sup>140</sup> Si veda *ivi*, p. 729.

<sup>141</sup> Cfr. S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., p. 126.

<sup>142</sup> Si veda sul punto D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale* in RIDPP, I, 2005, pp. 507-533, p. 525.

## CAPITOLO II

sua applicazione, basata sul gioco delle circostanze attenuanti ed aggravanti, adesso, tolto il collegamento con queste circostanze per la determinazione del termine di prescrizione, la discrezionalità sarebbe scomparsa. Così diventa più importante un'interpretazione del rifiuto della causa estintiva basata sulla difesa del principio d'innocenza.

### 2. *Il tempo complessivo dell'intervento punitivo*

Determinati gli elementi essenziali e secondari della prescrizione è arrivato il punto di definire quello che all'inizio di questo capitolo è stato nominato "tempo complessivo del intervento punitivo" e spiegare il suo significato.

Lasciando un attimo solo da parte le differenze tra gli ordinamenti analizzati, si può concludere che il diritto penale opera in termini restrittivi non solo per quanto riguarda il nocciolo della responsabilità criminale, cioè, il fatto tipico antigiuridico e colpevole, ma anche sul piano temporale. Un fatto qualificato come reato può generare effetti sanzionatori solo se la dichiarazione di responsabilità arriva entro un termine specifico; scaduto quel termine, quel fatto non può più essere collegato ad una pena; il *perché* di questa conseguenza deve essere spiegata nel prossimo capitolo; qui interessa sottolineare che si tratta di una caratteristica propria di tutti gli ordinamenti studiati; le eccezioni a questa regola sono, appunto, poche.

D'altro canto, il diritto penale (ma anche il diritto in generale) assume una curiosa concezione del tempo; sebbene il *decorso* di regola trascorra naturalmente, cioè, del modo in cui la specie umana è abituata a calcolarlo, senza arresti, c'è anche la possibilità che quel decorso naturale sia sospeso o interrotto. In questi casi il tempo perde quella caratteristica di purezza concettuale e si fa finta che non trascorra più fino a immaginare che il tempo già trascorso *si perde* come se non fosse stato mai. Se si vuole una metafora di tipo sportivo, possiamo immaginare il decorso naturale come il tempo di una partita di calcio; diversamente di altre discipline sportive, nel calcio il tempo non si sospende e c'è solo la

possibilità per l'arbitro (il giudice) di aggiungere minuti dopo la fine se ci sono stati circostanze che hanno impedito lo svolgimento normale del gioco (sospensione). Più chiara è la metafora con la disciplina sportiva dell'*American Football* in cui l'orologio effettivamente si ferma durante le parti in cui è diviso il gioco, per diversi motivi, a volte anche per richiesta degli stessi *coachs*. Con questa metafora voglio dire che, come appare assolutamente evidente, il tempo non è il tempo fisico; è un tempo normativizzato, quindi un tempo costruito come concetto giuridico e che, perciò risponde alle valutazioni della comunità come qualsiasi altro concetto normativo<sup>143</sup>.

In questo periodo, lo Stato deve – o è abilitato, dipende della forma in cui il processo è stato regolamentato- esercitare il potere punitivo tramite la procedura per arrivare alla sintesi delle norme sostantive e processuali. Fuori da questo tempo quel potere non si può esercitare.

Lascio per il prossimo capitolo i motivi di questa –qua diremo in modo provvisorio- rinuncia alla sanzione penale che ci permetterà di capire se la prescrizione sia un istituto necessario in un sistema penale e, conseguentemente, se le eccezioni a questo istituto sono, in qualche misura, giustificate.

---

<sup>143</sup> In modo molto simile le riflessioni di F. GIUNTA, e D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 9 e ss.: “Nella prescrizione, di conseguenza, il tempo assume una funzione coscienziale non perché ricongiunge tra loro, con effetto significativo, taluni fatti, ma solo perché trascorrendo, esso separa, fino a impedirne la correlazione, il *tempus commissi delicti* da quello della punizione. Nella sua nudità, il tempo dà rilevanza all'immobilità, all'inerzia, all'assenza di una qualsiasi (e pur possibile) attualità. Ma il tempo 'nudo' non è privo di significato: evidentemente, il suo trascorrere quieto anima e legittima presunzioni giuridiche di marca legislativa, in quanto astratte e ipotizzabili *ex ante*”.

## CAPITOLO II

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO

AGUILAR G., *Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno*, in *Ius et Praxis*, n° 2, 2008, pp. 147-205.

BARAZZETTA A., *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di) *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, pp. 159-191.

BARTOLO P., Voce *Prescrizione del reato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988.

BEFELER G., *Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten*, Lipsia, 1851.

BINDING K., *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885.

CÁRDENAS C., *La implementación de los crímenes de competencia de la Corte penal internacional en la ley N° 20.357*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, n° 2, 2010, disponibile in <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art02.pdf>, p. 23-44.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Prato, 1878.

CIMMA M.R., Voce *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio* in *Dig. disc. priv.*, pp. 248-260.

CURY E., *Derecho penal*, 2ª edizione, vol II, Santiago, 1992.

CUSMANO E., Voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 13, Roma, 1988, pp. 1-13.

DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993.

DE VILLERET B., *Traité théorique et pratique de la prescription en matière criminelle*, París, 1863.

ERDMANSDÖRFFER T., *Erläuterungen zum bayerischen Strafgesetze von 1861*, Monaco, 1862.

FERNÁNDEZ K. e SFERRAZZA P., *La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones a derechos humanos*, in *Estudios constitucionales*, n° 1, 2009, pp. 299-330.

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*. 5° edizione. Bologna, 2007.

FISCHER T., *StGB*, 59ª edizione, Monaco, 2012.

FOREGGER E., ed SERINI E., *Strafgesetzbuch*, Viena, 1988.

## CAPITOLO II

- FRONZA, *Il principio di complementarietà*, in V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, E. AMATI, *Introduzione al diritto penale Internazionale*, Milano, 2010.
- FUENSALIDA A., *Concordancias y comentarios del código penal chileno*, vol. 1, Lima, 1883.
- GARRIDO MONTT M., *Derecho penal. Parte general*, vol. I, Santiago, 2001.
- GILI PASCUAL A., *La prescripción en el Derecho penal*, Elcano, 2001.
- GIUNTA F, e MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del proceso*, Torino, 2003.
- GRASSO B., Voce *Prescrizione (dir. privato)* in *Enciclopedia del Diritto Giuffrè*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 56-75.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional*, in K. AMBOS e E. MALARINO (a cura di), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, 2006, pp. 171-195.
- HEINZE R., *Die Verjährung*, in OLSHAUSEN, J., *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlino, 1900.
- HEPP C.F., *Commentar über das neue württembergische Strafgesetzbuch*, Francoforte, 1989.
- HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeine Grundlagen*, Berlino, 1925.
- HIS R., *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, vol. 1, Weimar, 1935.
- HONG Y., *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Francoforte, 2005.
- IMPALLOMENI G.B., *Il Codice penale italiano*, Firenze, 1890.
- JESCHEK H-H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. II, Trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1978, p. 1221.
- JIMÉNEZ DE ASUA L., *Tratado de Derecho penal. Concepto de derecho penal y criminología. Historia y legislación penal comparada*, vol. 1, 3ª edizione, Buenos Aires,

1964.

KOVÁTS A., *L'interruzione della prescrizione in diritto penale*, in G., BATTAGLINI (a cura di) *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma, 1930, pp. 351-355.

LEMKE M., § 78 ff in U. NEUMANN, I. PUPPE, e W. SCHILD, *Nomos Kommentar*, Baden-Baden, 2010.

LISZT F., *Tratado de Derecho penal*, trad. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1929.

LOBE A., *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*, Francoforte, 1978.

LOENING R., *Die Verjährung*, in K. BIRKMAYER (a cura di), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, vol. 1, Berlino, 1908, pp. 379-471.

LORENZ M., *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934.

MAGGIORE G., *Principi di Diritto penale*, Bologna, 1951,.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 3, Torino, 1934.

MAREK, E., §§ 57-60, in HÖPFEL, F., e RATZ, E., *StGB Wiener Kommentar*, Wien, Manzsche Verlag, 2011, pp. 1-36

MARINUCCI G., ed DOLCINI, E., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 4ª edizione. Milano, 2012.

MERA J., *De la extinción de la responsabilidad penal*, in J. COUSO y H. HERNÁNDEZ (a cura di) *Código penal comentado. Libro I*, Santiago, 2011, pp. 709-739.

MEYER-GÖBNER L., *StPO*, Monaco, 2013.

MIHMAN A., *Juger à temps*, Paris, 2008,.

MITSCHE W., §§78 ff., in W. JOECKS e K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª edizione, Monaco, 2012., pp. 1453-1488.

MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig., it.*, 1966, pp. 679-707.

NAZARIAN E., *Der Beginn der Strafverfolgungsverjährung-§78a StGB*, Francoforte, 2009.

NOVOA MONREAL E., *Curso de Derecho penal*, tomo II, Santiago, 1966.

OLIVER G., *¿Constituye un orden de prelación el listado de causas de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del "Código Procesal Penal?"* in *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n° 31, 2008, pp. 357-366.

OLSHAUSEN J., *Kommentar zu den Strafgesetzen des Deutschen Reichs*, Berlino, 1892.

## CAPITOLO II

- OPPENHOFF F., *Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, Berlin, 1871.
- PADOVANI, *Diritto penale*, 9° edizione, Milano, 2008.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 4ª edizione, Torino, 1967.
- PANZA G., Voce *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, pp. 213-230.
- PEDREIDA GONZÁLEZ F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004.
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008.
- PEÑA S. e SANTIBÁÑEZ M.E., *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la ley 20.207* in *Microjuris*, 2, gennaio 2008.
- PERTILE A., *Storia del Diritto penale italiano*, vol. 5, Bologna, 1966.
- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, 3ª edizione, Napoli, 1871.
- POLITOFF S., MATUS J.P., e RAMÍREZ M.C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*. Tomo 1, 2ª edizione. Santiago, 2004.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, 4ª edizione. Torino, 2011.
- PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale* in *RIDPP*, I, 2005, pp. 507-533.
- RIVACOBBA M., *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la comisión redactoras*, Valparaíso, 1974.
- RIVACOBBA M., *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, 1991.
- RIVELLO P., *La rinunciabilità della prescrizione dopo un recente intervento della Corte Costituzionale*, in *Legislazione Penale*, 1990, II, pp. 717-731.
- SALIGER, F., “§78 ff.”, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.U. PAEFFGEN, (a cura di) *NomosKommentar StGB*, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- SALTELLI C., e DI FALCO E., *Commento teorico pratico del nuovo Codice penale*, vol. II, Torino, 1931.
- SAMBALE A., *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag*, Amburgo, 2002.
- SATZGER H., *Die Verjährung im Strafrecht*, in *JURA*, n° 6, 2012, pp. 433-443.
- SCHMID, §78 ff, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN e K. TIEDEMANN, (a cura di), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlino, 2006.
- SCHÖNKE A., e SCHRÖDER H., §78 ff., in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Monaco, 2010.



LA PRESCRIZIONE NEL DIRITTO POSITIVO. UNO STUDIO COMPARATO

- SCHWARZE, *Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung im Strafrechte*, Erlangen, 1867.
- SCHWEISTHAL P., *Das bayerische Strafgesetzbuch von 1861*, Monaco, 1992.
- SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL, *Anteproyecto de Código penal de 2005*, en *Política Criminal*, n.1, D1, 2006, disponibile in [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf), pp. 1-92.
- SILVANI S., *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009.
- SILVANI, S., *Brevi note sulla riforma della disciplina della prescrizione del reato come proposta dal progetto c.d., ex-Cirielli*, in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 119-131.
- STENBERG-LIEBEN D. e BOSCH N., §§78 ff. in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 23ª edizione, Monaco, 2010
- STENGLEIN M., *Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, Monaco, 1869.
- TRIGGIANO A., *Note sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione nel codice giustiniano*, in *TSDP*, vol. III, 2010, pp. 1-149.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012.
- VARGAS VIANCOS J.E., *La extinción de la responsabilidad penal*, Santiago, 1994
- VINCIGUERRA S., *A proposito del rapporto fra la prescrizione c.d. del reato e la ragionevole durata del proceso*, in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di) *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 93-103.
- VOLK K., *L'influenza del diritto penale della Rivoluzione francese e dell'impero sulle codificazioni tedesche*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, pp. 54-71.
- YUSEFF G., *La prescripción penal*, 3ª edizione, Santiago, 2009.

## CAPITOLO II

CAPITOLO III

FONDAMENTO E NATURA DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO

1. *Introduzione*

Probabilmente il tema più classico di tutti quanti la prescrizione ci presenta è quello che riguarda la sua natura. Curiosamente è stato un tema anche molto dibattuto nella dottrina del diritto civile; anche in questa branca del diritto la prescrizione civile e penale si assomigliano. Eppure i motivi di questa polemica, in qualche caso anche molto aspra, riguarda in realtà solo uno dei fenomeni collegati alla natura di un istituto in ambito penale: la possibilità di far retroagire una modifica del termine prescrizionale più severa dalla precedente. Infatti, se la natura della prescrizione è di diritto sostanziale, allora una modifica retroattiva dei termini più gravi – ovvero di una dichiarazione d’imprescrittibilità – non sarebbe possibile; invece se appartiene al diritto processuale, dove vige il principio *tempus regit actum* – sarebbe possibile.

Sembra una eccessiva semplificazione del problema e invece è andata così: l’analisi delle diverse possibilità per risolvere questo problema si riferiscono sempre al problema del diritto intertemporale; persino coloro che ritengono che la soluzione del problema non dipende in realtà dalla polemica diritto penale-diritto processuale, bensì dal fatto se la prescrizione è coperta dal principio di legalità oppure no – che in realtà è solo un altro modo di presentare il problema, ma che non cambia affatto le conseguenze della scelta – puntano sempre a risolvere il problema della retroattività *in peius*. Senza pregiudicare questo atteggiamento verso il problema, spesso si dimentica di analizzare altre conseguenze di una o altra delle opzioni; e questo probabilmente è dovuto al fatto che di solito l’analisi della irretroattività, legalità, ecc., si fa partendo dal diritto penale, anzi, dalla prescrizione come circostanza estintiva, dimenticando che da un lato l’irretroattività e il suo opposto, la

### CAPITOLO III

retroattività, sono categorie generali del diritto; dall'altro che la legalità come principio del diritto penale non solo ha a che vedere con il diritto intertemporale ma provoca altre conseguenze di rilievo se un istituto è sottoposto a quel principio o no, questione che quando si affronta il problema della prescrizione rimane senza approfondimento.

Nell'analisi che verrà proposta si cercherà di schematizzare le diverse posizioni sulla natura della prescrizione, limitandoci all'esame essenziale di queste, tenendo conto che un'analisi del genere è stata fatta ripetutamente. Dopo si proporrà una via interpretativa che prende molte delle conclusioni già fatte da altre teorie sulla natura dell'istituto, cercando comunque un approccio leggermente diverso.

Per quanto riguarda il fondamento dell'istituto, questo parzialmente è collegato al problema della natura; non è detto che difendere una postura processuale ci porta necessariamente a assecondare un fondamento processuale, come ad esempio l'indebolimento dei mezzi di prova. In ogni modo per questione di coerenza di solito si analizza il fondamento dopo avere determinato la natura. A mio avviso – e non solo – invece, la procedura dovrebbe essere integrata; fondamento e natura non sono compartimenti isolati, bensì vincolati, al punto che sarebbe perfettamente possibile concludere che il fondamento determina la natura dell'istituto in questione.

#### *2. La discussione sulla natura e fondamento della prescrizione*

Cercando di semplificare didascalicamente il complesso problema della natura della prescrizione, possiamo fissare una certa linea di divisione molto chiara che in ogni modo non è definitiva nel senso che non costituisce un spartiacque assoluto; Invero, non solo le c.d. teorie miste passano da uno all'altro lato di questa linea divisoria, ma anche quelle teorie che concepiscono la prescrizione come solo sostanziale o solo processuale<sup>1</sup>. Per

---

<sup>1</sup> Per questo motivo in questo capitolo non si trova uno studio delle c.d. teorie miste della prescrizione. In realtà oggi, in un momento in cui la consapevolezza che la prescrizione presenta importanti declinazioni processuali *tutte le teorie sono, in un modo o nell'altro, miste*. Ma, per il quesito posto, cioè, determinare la natura e il

questo motivo la linea è meramente orientativa e ci permetterà di analizzare le diverse prese di posizione sull'argomento.

La linea che possiamo fissare è questa: la prescrizione del reato influisce direttamente o indirettamente *sul reato*; oppure la prescrizione influisce solo *sul processo*.

Riguardo alla prima opzione, le ipotesi vanno dall'idea di un influsso sulla struttura del reato (ciò vuol dire, su qualche elemento del reato) fino alla concezione che ritiene che non è il reato l'istituto colpito dal trascorrere del tempo bensì i presupposti (sempre materiali) dell'illecito penale. La seconda invece intende che la prescrizione non incidendo né sul reato, né sui presupposti materiali, condiziona il processo penale; similmente al primo gruppo di teorie, la concezione processuale va dall'immagine della prescrizione come mero istituto procedimentale fino a quella che considera il decorso come qualcosa in più di una condizione di procedibilità ma senza precipitare nell'impostazione materiale.

Tutto questo, ormai discusso nella dottrina civilistica con presupposti molto simili, dimostra, una volta per tutte, come diritto penale e processo penale siano una realtà difficilmente scindibile, non almeno nel moderno diritto penale e come il campo del punibile – qua senza utilizzare il termine in senso tecnico- necessita di una analisi approfondita di entrambi i campi. Nondimeno, questo legame non indica necessariamente *identità*; la finalità del processo come disciplina scientifica ma anche come realtà fenomenica è diversa dal diritto penale; però, come appare evidente, una non esiste senza l'altra. Sempre cercando di delineare accuratamente questo limite ma anche le somiglianze, bisogna al momento dell'analisi che in seguito si propone, fare attenzione quando si parla di *natura*. Non di rado si scambia questa espressione per gli *effetti* di un istituto, come se il fatto che un pezzo di legno sia utile per rompere la testa a un soggetto ci permetta di dire che un pezzo di legno è *un arma*.

---

regime di retroattività dell'istituto, tutte le teorie prendono una posizione che dipende di quale dei due possibili rami del diritto possiede maggior peso nella struttura della prescrizione.

## CAPITOLO III

### *2.1. Excursus: le diverse teorie sulla natura della prescrizione*

Nell'analisi che si svolgerà in seguito non verranno studiate in dettaglio le teorie esposte, poiché sono ormai assai conosciute e trattate in diverse opere monografiche e generali, per così consentire più spazio alla nostra posizione sull'argomento. Quindi si prega, per successivi approfondimenti, rivolgersi alla letteratura riportata nelle note.

Il processo di valutazione critica di queste teorie sarà fatto collegandole con le diverse conclusioni sugli elementi della prescrizione esposte nel capitolo precedente.

La classificazione che in seguito verrà proposta cerca di presentare le diverse impostazioni dogmatiche sul nostro istituto partendo dalla linea didascalica segnata nel paragrafo precedente, cioè, se la prescrizione influisce sul reato ovvero sul processo. Per questo motivo non sarà qui accolta la divisione diritto penale-diritto processuale, bensì una divisione che rispecchi più accuratamente le diverse opinioni sull'argomento.

#### *2.1.1. Appartenenza al diritto penale materiale*

##### *2.1.1.1. Come elemento del reato*

In un primo gruppo possiamo trovare l'opinione che la prescrizione appartiene al diritto penale materiale (e quindi, sottoposta al principio di legalità) perché il decorso del tempo, come definito nel capitolo precedente, influisce su un elemento del reato stesso (non sulla punibilità). Il posto scelto di solito per questa posizione è stata l'antigiuridicità<sup>2</sup>. Così si dice ad esempio che insieme alla antigiuridicità "quantitativa" che resta uguale nonostante il decorso del tempo c'è una seconda antigiuridicità "qualitativa" che invece subisce il

---

<sup>2</sup> Questa l'idea di M. LORENZ, *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934, p. 50. Non come fondamento unico, ma sì come una parte di essa, M.E. MAYER, *Derecho penal. Parte general*, trad. S. POLITOFF, Buenos Aires, 2007, p. 646.

decorso del tempo perché legata al bisogno di pena che diversamente della prima specie di illecito, può essere modificata dal tempo<sup>3</sup>.

Le teorie che cercarono di vincolare la prescrizione con un elemento del reato, sono state criticate perché forzate nel loro impegno di dare la dignità di diritto sostanziale alla prescrizione dimenticano che la condotta, come evento naturalistico, si inserisce nel mondo in un momento determinato, costituisce l'oggetto del giudizio e non può modificarsi per il solo decorso temporale. In altre parole, l'antigiuridicità e la colpevolezza restano "scolpite" e "congelate" in quel momento storico. Contro questa teoria si potrebbe aggiungere anche certa incoerenza sul dato positivo: siccome la stragrande maggioranza degli ordinamenti preferiscono parlare di estinzione della responsabilità, estinzione del reato o sollevamento della pena, appare evidente che quello che si estingue è un reato ormai formato in tutti i suoi elementi<sup>4</sup>.

#### 2.1.1.2. Come parte della punibilità

Più abituale è il richiamo alla punibilità come dimora della prescrizione<sup>5</sup> particolarmente in Italia. Qui, comunque, bisogna distinguere tra chi ritiene la punibilità come elemento del

---

<sup>3</sup> Come è noto, si tratta della posizione di R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlino, 1976, p. 202.

<sup>4</sup> In ogni modo, questa critica appare leggermente "naturalistica" nelle sue conclusioni. Sebbene sia vero che il reato, commesso in un momento determinato esaurisce in se stesso il contenuto dell'antigiuridicità e la colpevolezza, questo non significa che questi contenuti non possano "mutare" di significato con il tempo. L'antigiuridicità, soprattutto, si presta benissimo per una modifica dal momento in cui è l'elemento per antonomasia "normativo" ovvero dipendente dalle valutazioni della comunità.

<sup>5</sup> Il dibattito in Italia riguardo alla posizione dogmatica e natura della prescrizione è stata, come noto, determinata da per lo meno due fattori: il primo, il preteso cambiamento di prospettiva adottato dal codice Rocco nel confronto del Codice Zanardelli per quello che riguarda le cause di estinzione. Mentre il codice decimonono parlava di "cause di estinzione dell'azione", il testo legale vigente si riferisce alla materia come "cause di estinzione del reato"; questa differenza ha indotto a molti giuristi a ritenere che lo Zanardelli nutriva una visione di queste cause "processualistica", e invece l'attuale codice punitivo una natura materiale o di diritto sostanziale. Il secondo fattore è, appunto, che la ricerca è girata soprattutto intorno alla questione sulla natura delle cause di estinzione, lasciando in un secondo piano l'approfondimento sulla natura particolare della prescrizione o, meglio, di ognuna delle cause. La pretensione di aggrupparle in un unico istituto con identica natura giuridica ha contribuito a trascurare le particolarità dell'istituto prescrittivo. Per una visione di insieme sulle diverse teorie in Italia, si veda E. CUSMANO, *Voce Estinzione del reato e della pena*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 13, Roma, 1988, pp. 1-13.

### CAPITOLO III

reato<sup>6</sup> da chi invece considera la punibilità al di fuori dalla struttura del illecito penale<sup>7</sup>. Come è noto questa discussione si ricollega con la ormai vecchia questione riguardo il collegamento tra reato e pena. Dal punto di vista delle più antiche e moralizzanti teorie del diritto penale, questo collegamento è obbligatorio; invece, anche per una questione che riguarda il dato positivo, il vincolo tra reato e pena come obbligatorio non è per nulla scontato; anzi, ci sono motivi anche di filosofia del diritto penale che consigliano di interrompere questo vincolo più spesso. In ogni modo, per una prospettiva comparata, occorre chiedersi innanzitutto e al di là della sua collocazione sistematica, se la prescrizione *veramente* può essere ricollegata alla punibilità, come è stato ritenuto della dottrina prevalente, cioè, come una categoria dove trovano spazio motivi di politica criminale traducibili come “bisogno”/“necessità”<sup>8</sup> e “meritevolezza” di pena<sup>9</sup>, un binomio che ancora trova delle difficoltà per essere accolte tranquillamente dalla dottrina.

---

<sup>6</sup> In Spagna è stata, ad esempio, la opinione di R. RAGUÉS Y VALLÈS, *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004. per chi essendo la *ratio* del diritto penale la preservazione di un determinato modello di società, allora la sanzione non risulta più necessaria dopo un lungo decorso temporale (p. 47) Ma, nella impostazione di questo Autore, questa minore o non più necessaria repressione si spiega come l'eliminazione dell'antigiuridicità; ma, non essendo in termini pratici l'ingiusto la posizione dogmatica più adatta, l'autore finisce per considerare che la prescrizione dovrebbe essere circoscritta all'area della punibilità (p. 88).

<sup>7</sup> Questa è, senz'altro, la opinione maggioritaria, si veda sul particolare L. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena* in *Dig. discp. pen.*, pp. 342-359, p. 346; A. SANTORO, *Estinzione del reato e della pena*, in *Nov. dig. it.*, vol VI, Torino, 1960, pp. 991-996, p. 992; G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 4ª edizione. Milano, 2012, p. 378; S. PANAGIA, Voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, pp 659-670, p. 661; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 409; Un po' confusamente A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig., it.*, 1966, pp. 679-707, p. 681; Non esplicitamente, ma si può dedurre dalle loro parole F. PALAZZO, *Corso di diritto penale parte generale*, Torino, 2008, p. 556; S. ARDIZZONE, *Disciplina intertemporale della prescrizione dei reati e garanzie costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 3, luglio-settembre 2006, pp. 863-897, p. 869; in Cile, contrario all'attribuzione alle cause di estinzione la categoria della punibilità in ragione che l'autore ritiene sia un elemento del reato J.L. GUZMÁN DALBORA, *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487., p. 436.

<sup>8</sup> Di necessità parla, ad esempio E. ANTONIONI, *Contributo alla dogmatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990, p. 99: la mancanza di necessità di punire è il luogo dove trova fondamento le cause di estinzione del reato.

<sup>9</sup> Ad esempio, M. ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in *RIDPP*, 1, 1992, pp. 39-53, p. 51 ritiene queste categorie certamente fuori dal reato e con una funzione di interpretazione e di verifica della legittimazione dei tipi di reato dei sistemi penali esistenti e categorie euristiche di politica criminale di essenziale ausilio nella creazione legislativa di nuove fattispecie”. In Germania, è nota la posizione dello H-H. JESCHEK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. II, Trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1978, p. 1239, come parte del fondamento della sua teoria mista della prescrizione del reato. Per F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003., p. 54 “nel passaggio dalla ‘meritevolezza’ al



Prima di tutto, a mio avviso, la teoria della perdita del bisogno di pena non riesce a spiegare perché certi reati, anche gravi, si prescrivono in poco tempo; se si pensa, ad esempio a grandi frodi fiscali, reati di inquinamento o contro l'ambiente, che oggi sono ritenuti dalla comunità di un livello di gravità molto alto e che prescrivono in termini assai brevi, perché collegati direttamente alla pena edittale, è difficile affermare che il bisogno di pena si sia indebolito abbastanza come per giustificare l'arresto del potere punitivo dello stato e, conseguentemente, arrivare alla impunità di queste condotte. Allo stesso modo, da un reato che si prescrive, ad esempio, in vent'anni ma si inizia un processo solo al diciannovesimo anno, arrivando dopo la condanna è possibile affermare che il bisogno di pena si mantenga identicamente dal momento della sua commissione? Se il decorso del tempo provoca suoi effetti lentamente, allora si potrebbe dire che, mancando solo un anno per la prescrizione del reato, quel bisogno di pena sarebbe ormai *molto indebolito*; ma, la stragrande maggioranza dei sistemi giuridici non ritengono questa circostanza in grado di attenuare la pena. A mio avviso, nell'argomento dell'indebolimento del bisogno di pena risiede in una confusione tra due piani diversi dell'analisi: siccome la pena è o dovrebbe essere misurata secondo il livello di gravità del reato - che si può tradurre tanto come livello di offesa al bene giuridico come incidenza sull'affidabilità dell'ordinamento giuridico- e i termini di prescrizione si costruiscono secondo la durata della pena edittale, allora siccome l'antigiuridicità rispecchia in parte il bisogno di pena, la prescrizione si spiegherebbe per questo motivo, sia che vogliamo ritenere la punibilità come elemento del reato o meno. Ma l'analisi non regge, come visto, davanti situazioni dove appare per lo meno discutibile che il bisogno di pena, anche astrattamente, sopravviva dopo un lungo decorso temporale. Del resto, anche l'imprescrittibilità di certi reati, che pure si fonderebbe sul bisogno di pena, in questo caso non esaurito al di là del tempo trascorso, non è funzionale, non per lo meno per una parte importante dei reati del diritto penale internazionale di gravità medio-bassa che, comunque, non si estinguono con il decorso temporale.

---

'bisogno' di pena, che si colloca l'operatività della prescrizione del reato. Quest'ultimo istituto tende infatti ad evidenziare la superfluità della pena in ragione di valutazioni generalpreventive sopraggiunte e diverse da quelle esistenti al momento della commissione del reato, le quali consentono per l'appunto di conciliare la non punibilità del fatto concreto con la tenuta preventiva del divieto infranto".

### CAPITOLO III

Per questo motivo concepire la prescrizione del reato come parte del concetto di punibilità risulta difficile di accettare, purché si rimanga sull'idea più condivisa di questo fenomeno, cioè, che la punibilità sarebbe il punto di convergenza di ipotesi variegata ma che hanno come *leit motiv* aspetti di politica criminale che rientrano nel concetto bisogno-meritevolezza di pena. Se, invece, si abbandona questa idea o comunque si fa rientrare nel concetto di punibilità fenomeni che non rispondono necessariamente a queste caratteristiche, allora sarebbe possibile far coincidere la prescrizione con questo discusso fenomeno del diritto penale.

Ma la forma non è il fondo. Che un libro sia posto in uno scaffale non spiega cosa sia quel libro. Anche se prendiamo la prescrizione e la lasciamo nello scaffale della punibilità ancora non avremmo detto nulla riguardo il suo fondamento e la sua natura, ma semplicemente avremmo fatto un esercizio di geografia giuridica.

#### 2.1.1.3. Teorie della pena

Si è cercato di trovare il fondamento dell'istituto nelle teorie della sanzione. Il risultato non può dirsi assolutamente appagante. Innanzitutto, ci sono importanti dubbi riguardo alla stessa possibilità di collegare la prescrizione con qualunque teoria della pena<sup>10</sup>. Così il richiamo alla prevenzione generale è frequente<sup>11</sup>, dato che un lungo decorso di tempo si

---

<sup>10</sup> Si veda F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 627: "Sotto il profilo logico delle funzioni della pena, invece, non è facile conciliare l'effetto estintivo della prescrizione con nessuna delle finalità della pena. La retribuzione esigerebbe infatti che la pena seguisse indefettibilmente il reato senza di che risulta sacrificata la stessa 'giustizia' della necessaria corrispondenza tra *malum actionis* e *malum reactionis*. La prevenzione speciale dovrebbe a rigore trovare spazio fino a che sussistano in concreto esigenze rieducative del reo, indipendentemente dalla quantità di tempo trascorso dal commesso reato. Anche la prevenzione generale, a rigore, imporrebbe che i reati non rimangano impuniti per non indebolire l'efficacia deterrente dei precetti penali, anche se si deve riconoscere che l'aspettativa – per così dire - della reazione punitiva da parte della comunità sociale si attenua indubbiamente col passare del tempo, subentrando peraltro proprio il senso di una imperfetta efficacia intimidativa delle norme penali"; S. PANAGIA, *op. cit.*, p. 661.

<sup>11</sup> Per tutti M. ROMANO, G. GRASSO, e T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, 2a edizione, Milano, 2011, p. 64, G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*. 5° edizione. Bologna, 2007., p. 764, P. PISA, Voce *Prescrizione (diritto penale)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 78-98, p. 81.

oppone ad una efficace repressione dei reati tramite l'intimidazione. La c.d., prescrizione generale positiva pure è proposta come fondamento dell'estinzione per decorso del tempo, poiché se questa teoria vuole assicurare la fiducia della comunità nella validità delle norme, allora per raggiungere questo scopo bisogna che la violazione della norma e la sanzione si debbano connettere temporalmente<sup>12</sup>. Più difficile è il legame con la retribuzione e la prevenzione speciale. Al di là del fatto che qualche autore vede la possibilità di una certa connessione<sup>13</sup>, il vero è che, al meno in una visione tradizionalistica di ambedue le teorie della pena, la retribuzione, da sempre segnata come teoria assoluta del punire non consente – o non dovrebbe consentire- deroghe all'applicazione della sanzione penale<sup>14</sup>. Riguardo alla prevenzione speciale, è difficile concepire come il solo decorso temporale possa, in qualche misura, servire come “pena” e, successivamente, come metodo di rieducazione<sup>15</sup>; tutte due sono presunzioni che difficilmente trovano un riscontro con la realtà.

#### 2.1.1.4. Interesse dello Stato e Forza del tempo

Relativamente complesso appaiono anche altre due posizioni al riguardo, quella che vede nel fenomeno estintivo la mancanza dell'interesse dello Stato alla punizione dopo un lungo decorso temporale e quella che la fonda invece sull'oblio che il tempo arreca a tutti gli eventi umani. La prima è all'origine dell'impostazione del codice penale italiano del 1930 con la sua particolare e articolata visione dei rapporti tra Stato e cittadino. In un contesto dove il potere statale si traduceva in un diritto soggettivo alla punizione e in un dovere il

<sup>12</sup> Così in Spagna O. GARCÍA PÉREZ., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 2007, p. 289.

<sup>13</sup> Ad esempio E-W. BÖCKENFÖRDE, *Zur verfassungrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes*, in *ZStW*, 91. Band, 1979, pp. 888-901, p. 890 e R. MAURACH, K.H. GÖSSEL K, e H. ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, trad. di J. BÖFFIL GENZCH, vol. II, Buenos Aires, 1995, p. 968; M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It*, 1998, V, pp. 317-336, p. 326.

<sup>14</sup> Si veda S. SILVANI, *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009, p. 55; M. ROMANO, G. GRASSO e T. PADOVANI, *op.*, cit., p. 64.

<sup>15</sup> Come una possibilità plausibile, invece, F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* in *Giur. cost.* 2010, 4, pp. 3017-3030, p. 3021: “L'idea del ‘tempo dell'oblio’ ha un suo solido fondamento nell'orizzonte costituzionale della pena, ove le ragioni generalpreventive di regola si attenuano man mano che si attenua il ricordo del reato commesso, mentre quelle specialpreventive devono fare i conti sempre più con una personalità del reo che muta con il passare del tempo, e rispetto alla quale potrebbe non avere più senso né un trattamento mirante alla neutralizzazione di una pericolosità in ipotesi non più sussistente, né a fortiori un trattamento rieducativo”.

### CAPITOLO III

compimento della pena, allora era possibile prospettare che lo stesso Stato, come titolare di quel diritto, fissasse una soglia temporale in cui quel potere potesse svolgersi<sup>16</sup>. La seconda, intanto, è parte della concezione del *Macht der Zeit*, cioè della forza del tempo negli accadimenti umani che allontanando al soggetto dal reato commesso, diventa poi un tipico effetto di oblio che è, alla fine, ricollegabile a molte altre teorie, specie quelle che cercano di vincolare la prescrizione del reato con qualche teoria della pena<sup>17</sup>. Modernamente, oltre ai dubbi su questo vincolo<sup>18</sup> si ha fatto vedere che si tratta di un argomento tautologico poiché non dice nulla sull'essenza della prescrizione, bensì su uno dei suoi (e qui aggiungo) possibili effetti<sup>19</sup>.

#### 2.1.1.5. Altri principi

Siccome le strade percorse in precedenza lasciano aperti problemi addirittura maggiori, la prescrizione è stata identificata come una manifestazione di altri principi penalistici e costituzionali; così non di rado compariscono nella fondazione dell'istituto il principio di certezza del diritto<sup>20</sup> e umanità<sup>21</sup>; di solito si parla anche di tutela dell'affidamento o principio oggettivistico ma allo scopo solo di determinare la sua natura (di diritto sostanziale ovvero sottoposta al principio di legalità)<sup>22</sup>; ma, a ben guardare queste idee

---

<sup>16</sup> Per un accurato analisi dello sviluppo di questa teoria, si veda E. ANTONIONI, *op., cit.*, p. 33 e ss.

<sup>17</sup> In questo senso si veda F. VIGANÒ, *op., cit.*, p. 3023.

<sup>18</sup> Ad esempio A. BARAZZETTA, Interruzione della prescrizione e termini massimi, in A. SCALFATI (a cura di) Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, Padova, 2006, pp. 159-191, p. 181.

<sup>19</sup> Per un'analisi di questa teoria e le sue critiche Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Francoforte, 2005, p. 84 chi conclude come noi che si tratta di una teoria tautologica.

Per la verità, sono molti gli autori che presentano questi argomenti mischiati, in un argomento che cerca di sommare più fondamenti per giustificare la prescrizione del reato. L'esempio paradigmatico è fornito da M. ROMANO, G. GRASSO e T. PADOVANI, *op., cit.*, p. 63. Ma con questo atteggiamento non si raggiunge nessun risultato abbastanza soddisfacente, anzi, si moltiplicano i problemi.

<sup>20</sup> Come fondamento diretto F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004, p. 147 contro R. RAGUÉS Y VALLÉS, *op., cit.*, p. 28.

<sup>21</sup> Così J.L. GUZMÁN DALBORA, *Crímenes internacionales y prescripción* in *Temas actuales del Derecho penal internacional*, Montevideo, 2005, pp. 103-115, p. 108. L'autore è uno dei pochi che si schiera decisamente verso un fondamento ancorato sul principio di umanità.

<sup>22</sup> In proposito, si veda M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività*, *op., cit.*, p. 324; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993, p. 334; E. LORÉ, *Aspektes des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Francoforte, 1996, p. 134. G. JAKOBS, *Derecho penal, Parte general*, trad. J. CUELLO CONTRERAS, e J.L. SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, 2a edizione, Madrid, 1997, p. 82; in termini simili o meglio, sostenendo un effetto materiale delle condizioni di procedibilità – dove si troverebbe anche la prescrizione- e mettendo il

sembrano in realtà conseguenze logiche di altri percorsi argomentativi e che possono (e di solito così accade) aggiungersi ad altri principi o argomenti per giustificare il trattamento di questo fenomeno dentro i limiti del principio di legalità.

### *2.1.2. Appartenenza al diritto processuale*

#### *2.1.2.1. Problemi di prova e il rischio delle sentenze ingiuste*

Meno frequenti ma importanti sono le teorie che vedono nella prescrizione un istituto con un fondamento e, pertanto una natura processuale. Le più antiche di queste posizioni basavano l'effetto della prescrizione tramite il ricorso ai problemi di prova e il pericolo di emettere una sentenza ingiusta<sup>23</sup>. Si tratta, infatti, di un vecchio argomento, ma ormai sono troppo evidenti le sue debolezze; non tutti i processi rischiano, dopo il decorso di molto tempo, di perdere o rovinare il materiale probatorio e, anzi, attualmente ci sono mezzi che permettono di conservare e riprodurre questo materiale dopo un lungo decorso<sup>24</sup>. Riguardo alla possibilità di emettere una sentenza ingiusta, questo argomento possiede un certo fondo di verità, ma solo se si pone in contatto con altri principi<sup>25</sup>; è vero che dopo un lungo decorso temporale il reo è sottoposto a valutazioni diverse perché la stessa società può avere mutato di concezione davanti ad un determinato fenomeno o problema<sup>26</sup>; ma questo non spiega i termini di prescrizione di breve durata e sempre si potrebbe contestare che se c'è un cambiamento nelle valutazioni della società verso un certo problema, allora sempre esiste in un ordinamento liberale e democratico il ricorso alla modificazione legislativa.

#### *2.1.2.2. Ostacolo al processo*

---

dubbio riguardo a se la prescrizione possa essere sottoposta al divieto di retroattività, W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Monaco, 1990, p. 262.

<sup>23</sup> È questa una delle teorie processuali più antiche; modernamente risale al lavoro di K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885, pp. 822 e ss. E si ritrova spesso non come unico fondamento, bensì come un argomento secondario; ad esempio in H-H. JESCHEK, *op., cit.*, p. 1239.

<sup>24</sup> F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *op., cit.*, p. 41;

<sup>25</sup> In questo senso H-H. JESCHEK, *op., cit.*, p. 1239.

<sup>26</sup> R. RAGUÉS Y VALLÈS, *op., cit.*, p. 33.

### CAPITOLO III

Le teorie processuali più accolte ritengono la prescrizione come una condizione di procedibilità o, come in Germania, un *Prozesshindernis* che impedisce la formazione del rapporto giuridico processuale tra Stato e cittadino senza incidere sui veri presupposti della punibilità *lato sensu*<sup>27</sup>. Ciò vuol dire che i requisiti della prescrizione, non riguardando la condotta, rimangono al di fuori della sfera di influsso del principio di legalità e, quindi, del divieto di retroattività *in malam partem*. Gli argomenti girano intorno al fatto che il decorso temporale non fa venir meno il carattere antiggiuridico e colpevole della condotta e quindi, non può essere parte dell'interesse dell'autore del reato protetto dal suddetto principio. E, ancora se si pensasse che questo calcolo possa essere parte dell'interesse dell'autore, questo interesse non “merita” protezione dell'ordinamento penale.

---

<sup>27</sup> È la dottrina maggioritaria in Germania: ad esempio, nei commentari più aggiornati si veda in proposito F. SALIGER, “§78 ff.”, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.U. PAEFFGEN, (a cura di) *NomosKommentar StGB*, 3° edizione, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 2476: “merita approvazione la teoria processuale della prescrizione penale dell'azione e della pena. Le norme sulla prescrizione sono decisione arbitrarie del legislatore riguardo a che, da un determinato momento, una determinata condotta punibile non può perseguirsi più”. In un senso molto simile anche W. MITSCH, §§78 ff., in W. JOECKS e K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª edizione, Monaco, 2012, pp. 1453-1488 p. 1455: la teoria materiale non riesce ad spiegare le differenze o somiglianze tra reati di gravità diversa ma che possiedono termini di prescrizioni simili o diversi – si fa appello, ad esempio, al diverso trattamento tra l'assassinato, imprescrittibile e altri reati anche di gravità simile che prescrivono in trent'anni. Anche H. SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, in *JURA*, n° 6, 2012, pp. 433-443.. Come noto, questa natura processuale è dovuta, soprattutto, alle sentenze della Corte Costituzionale tedesca degli anni 50' e 60', particolarmente la sentenza del 26.2.1969 che ancora si può trovare come autorevole riferimento della dottrina attuale; in questa decisione la Corte di legittimità respinge una teorica contraddizione e conseguente violazione del divieto di retroattività dell'art. 103 comma II GG; l'articolata argomentazione si svolge in una triplice esposizione. In primo luogo, conclude che la punibilità è determinata dal contenuto di illiceità della condotta e dalla colpevolezza; invece la prescrizione di riferisce solo al tempo in cui una condotta punibile si può perseguire, allora queste norme restano fuori del Art. 103 comma II GG. Il secondo fondamento fa leva del principio dello Stato di diritto (richiamato dai oppositori alla teoria processuale, si veda in proposito Y. HONG, *op. cit.*, p. 25), poiché il suddetto principio non si articola solo tramite la certezza del diritto, ma anche sull'idea di giustizia materiale. In caso di conflitto tra i due principi la scelta deve essere presa dal legislatore; la sua scelta non può essere sottoposta a una valutazione di incostituzionalità. Finalmente, la stessa certezza del diritto declinata come tutela dell'affidamento viene messa in dubbio come fondamento della prescrizione; se ciò che è protetto dal principio riguarda la conoscenza previa della condotta minacciata con una sanzione, allora un prolungamento della prescrizione non incide su questo affidamento e in ogni modo, un affidamento su questa materia e di fronte a reati così gravi non merita la tutela del ordinamento. Inoltre, la stessa sentenza sostiene che la legge sul calcolo dei termini fa una differenza importante tra i termini ormai scaduti e i termini ancora in decorso; la legge solo incide su questi ultimi. Un riassunto di queste conclusioni in A. ESER, e B. BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. di S. BACIGALUPO, e M. CANCIO MELIÀ, Madrid, 1995, pp. 47 e ss. Gli argomenti esposti sono stati presi di molti autori fuori dal confine tedesco; si veda in proposito in Spagna E. GIMBERNAT, *La prolongación del plazo de prescripción para el asesinato en la República Federal de Alemania* in *ADPCP*, vol 18, Fasc/Mes. 1, 1965, pp. 216-222, p. 221; in Italia, sostengono questa posizione F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *op. cit.*, p. 83; in Cile J.P. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, Santiago, 2010, pp. 216 e ss.; parzialmente accolte in Italia da M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena*, Torino, 2008, p. 100 e ss.

In generale, cercar di spostare il problema della prescrizione come mero problema di natura processuale, ovvero semplicemente formale, come ostacolo al normale sviluppo del processo presenta problemi sia d'indole dogmatica come di diritto positivo. Affermare che non rientra nel campo di applicazione del principio di legalità o dire che non appartiene al contenuto e portata del concetto di reato è semplificare troppo il problema, dato che con quello non si dice in realtà nulla<sup>28</sup>. Non essere parte della condotta<sup>29</sup> non conduce necessariamente a bandirla del diritto penale materiale, poiché la condotta sola con le loro caratteristiche non chiude l'arco del penalmente rilevante, a torto o a ragione; d'altro canto la progressiva tendenza di sottoporre istituti tradizionalmente parte del diritto processuale alle esigenze del principio di legalità, come ad esempio certi problemi di prova o la custodia cautelare, che possiedono una cadenza notoriamente sostanziale, tendenza seguita da qualche ordinamento processuale, porta con sé l'indebolimento di questo argomento<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Similmente A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 262.

<sup>29</sup> si rimanda cap. III.

<sup>30</sup> Si veda, ad esempio W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 262; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, p. 185. Sul piano del diritto positivo, il Codice processuale penale del Cile del 2000 ha statuito, nel suo art. 11 che anche la legge processuale penale è anche sottoposta al divieto di retroattività della legge penale più severa; la norma è stata utilizzata per chiudere, al meno momentaneamente, la discussione in Cile a favore della natura sostanziale, cfr. G. BALMACEDA, *La prescripción en el Derecho penal chileno*, in H. CORRAL (a cura di), *Prescripción extintiva*, Santiago, 2011, p. 18.

Nondimeno, questa posizione è stata discussa. Così J.P. MAÑALICH, *op. cit.*, p. 224 per il quale, da un lato, non sarebbe corretto identificare le norme processuali come norme retroattive per il fatto che vigono *in actum* (il fatto che vigono *in actum* sarebbe un argomento per dire: non retroagiscono); poi, le norme processuali precedenti (al processo) per mandato del art. 11 del Cpp cileno se, secondo la valutazione dei tribunali, sono più favorevoli, si devono applicare *ultrattivamente*. Ma dopo si pone il problema di una legge (dovremmo intendere "processuale") che modifichi in modo più severo la prescrizione e che sia approvata dopo la commissione del fatto e prima dell'inizio del processo; in questo caso, si desume dalle sue parole, come queste norme sarebbero processuali ma approvate in un momento intermedio tra la commissione del reato e l'inizio del processo, sfuggono del campo di applicazione dell'art. 11. In realtà, ci sono per lo meno due problemi con questo argomento. Il primo ha che vedere con i precedenti argomenti a favore dell'irretroattività delle norme sulla prescrizione più severe, per quanto l'autore non riconosce che il nocciolo del problema si trovi nella distinzione diritto sostanziale-diritto processuale, bensì nel raggio di validità del divieto costituzionale di retroattività dell'art. 19 n.º 3 della Costituzione cilena, in modo simile a come il *BVG* ha risolto il problema (pp. 216 e ss.); quindi, se il fondamento di questo retroagire non si trova nella differenza tra norma sostanziale-processuale, non si capisce l'argomento, tranne che si tratti di un argomento residuale; ma, se così fosse, resta insoddisfacente: infatti dire che le norme processuali dato che vigono *in actum* non avrebbero forza retroattiva è elegante, ma diventa solo un frode delle etichette; se l'oggetto della nuova norma è il processo, e questo si è ormai iniziato, *nei fatti* le norme retroagiscono. In ogni modo, al di là di questa situazione limite, l'autore sembra accettare che l'art. 11 chiude la porta ad una capacità di retroagire delle norme sulla prescrizione. Contro questa posizione G. OLIVER, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, 2007, p.

## CAPITOLO III

### 2.1.2.3. La ragionevole durata del processo

Più modernamente, sempre sul terreno delle tesi processuali si ha cercato di ricondurre il fondamento della prescrizione ad un altro principio, cioè, la ragionevole durata del processo. Infatti, guardato da questa prospettiva, un lungo decorso temporale potrebbe arrecare al soggetto pesanti conseguenze *endoprocedimentali*, sottoponendolo indefinitamente ai tempi, sempre più lunghi, della giustizia punitiva. Ma, si badi bene, questo collegamento alla ragionevole durata significa che un lungo decorso *non sempre* significa una situazione ingiusta per il soggetto e quindi bisogna risolvere il quesito caso per caso; così, un prolungamento *a posteriori* dei termini di prescrizione non sarebbe *per se* illegittimo, bensì in certi casi, quando quest'altro principio è stato violato dalla nuova disposizione di legge nel caso concreto<sup>31</sup>. Ma, in realtà si tratta di una confusione

---

208 e ss., che sostiene, un po' incoerentemente a mio avviso, anche se le norme processuali non hanno veramente effetto retroattivo, bensì riposano nel principio *tempus regit actum*, devono comunque non devono subire effetti retroattivi. In Italia, la posizione del Mañalich è stata condivisa da F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *op., cit.*, p. 85 e ss.; dopo stabilire che la prescrizione non è sottoposta l'art. 25 della Costituzione, cioè al divieto di retroattività, gli autori sostengono che, siccome il principio *tempus regit actum* e retroattività non si corrispondono, ma contemporaneamente ammettono che la regola processuale potrebbe portare con se il pericolo dell'arbitrarietà legislativa, sostengono che la possibilità di una riforma intertemporale che modificasse *in peius* la prescrizione dovrebbe essere tramite una norma *ad hoc*, che non fosse "irragionevole, discriminatoria, ovvero in contrasto con i principi costituzionali che arginano la discrezionalità intertemporale del legislatore" (p. 90).

Comunque, a mio avviso, la questione si può risolvere in Cile senza far appello a questo argomento di diritto positivo; la prescrizione in Cile, oltre ad avere come effetto l'estinzione del reato, anche funziona come attenuante della responsabilità se si è compiuto più della metà della sua durata, secondo come abbiamo visto nel capitolo precedente. Quindi, al di là della sua corretta "geografia" (cioè come mero effetto della prescrizione o come autentica circostanza attenuante) non c'è dubbio che il suo effetto è, prima di tutto, materiale.

<sup>31</sup> Così ad esempio l'interessante monografia di M. MANTOVANI, *op., cit.*, pp. 119 e ss., in cui, nonostante il suo titolo, l'autore si occupa accuratamente dell'analisi della prescrizione del reato. Dopo avere scartato le teorie sostanzialistiche, sostiene che, al meno nell'ordinamento italiano, ci sono argomenti per collegare la prescrizione alla ragionevole durata del processo: certe pronunce della Corte di legittimità, i lavori preparatori della c.d. legge Cirielli e la rinunciabilità della stessa prescrizione. Da questo punto di vista, come afferma a p. 131, sarebbe una forma di salvaguardare il cittadino dalle possibile modifiche retroattive *in peius*. Contra espressamente D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale* in RIDPP, I, 2005, pp. 507-533, p. 525 per cui è l'opposto: è la ragionevole durata del processo l'istituto che dovrebbe evitare le scadenze della prescrizione. Anche S. SILVANI, *op., cit.*, p. 396 sostiene una chiara differenza tra prescrizione e ragionevole durata. In termini molto simili G. GIOSTRA, *La prescrizione: aspetti processuali* in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 79-91, p. 80. Più vicino ad un possibile collegamento tra questi due istituti, invece F. VIGANÒ, *Riflessioni di lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo* in *Diritto penale contemporaneo* (sito web), p. 4, dicembre 2012, disponibile in [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/1955-riflessioni\\_de\\_lege\\_lata\\_e\\_ferenda\\_su\\_prescrizione\\_e\\_tutela\\_della\\_ragionevole\\_durata\\_del\\_processo/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/1955-riflessioni_de_lege_lata_e_ferenda_su_prescrizione_e_tutela_della_ragionevole_durata_del_processo/). Più



concettuale. La prescrizione può perfettamente maturare senza processo e invece la ragionevole durata solo si può misurare con un processo ormai iniziato e il tentativo di collegarli fallisce perché sono indirizzati verso obiettivi diversi<sup>32</sup>. Da altro canto, i termini di prescrizione riflettono o cercano di riflettere il livello di offensività del reato ma non della durata del processo<sup>33</sup>; così, ad esempio, un reato con termini di prescrizione brevi può avere bisogno di una più lunga indagine e di un contraddittorio molto più complesso - e pertanto, richiedere più tempo alla giustizia del processo- che un reato con un lungo termine di prescrizione ma di più semplice accertamento.

#### 2.1.2.4. Le c.d. teorie “laiche”

Più di recente si fa strada una diversa impostazione, che cerca di risolvere il quesito della natura della prescrizione da una prospettiva “laica”, cioè, al di là della classificazione dell’istituto tra diritto materiale e processuale. Per queste teorie quello che importa veramente è la sottoposizione del decorso del tempo al principio di legalità ovvero al principio *tempus regit actum*. Quindi, sarebbe perfettamente possibile inquadrare la prescrizione nel diritto processuale ma allo stesso tempo sottoporla al principio di legalità (e quindi, al divieto di retroattività *in peius*)<sup>34</sup>. L’alternativa opposta – cioè, appartenente al diritto materiale ma non sottoposta al principio di legalità- invece non sarebbe percorribile. Questa alternativa sembra molto seducente, ma a condizione di una corretta descrizione del principio di legalità, come vedremo più avanti.

#### 2.2. Problemi di inquadramento

---

avanti saranno sottoposti al nostro giudizio questi argomenti.

<sup>32</sup> G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 80; già dal diritto romano scattava questa differenziazione, Cfr. M. AMELOTTI, Voce *Prescrizione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 36-46, p. 37.

<sup>33</sup> G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 80.

<sup>34</sup> È di questa postura in Cile G. OLIVER, *op. cit.*, pp. 220 e ss., e si schiera per la affermativa (nel senso che essendo di natura processuale (o per lo meno mista) è sottoposta al principio di legalità e conseguentemente all’irretroattività della legge penale. In un senso simile, cioè che bisogna riguardo alla prescrizione farsi “una nuova domanda” al di là del classico spartiacque dogmatico HONG, p. 35.

### CAPITOLO III

In ogni modo, bisogna riconoscere che il fenomeno dell'estinzione tramite il decorso temporale presenta delle difficoltà per essere inquadrata in ambedue i campi del diritto punitivo *tout court*.

Per il diritto sostanziale: a) La dichiarazione di prescrizione non esclude altri effetti penali<sup>35</sup>; b) di solito si deve eseguire tramite la pronuncia di una sentenza *non di merito*<sup>36</sup>; c) riguarda/favorisce qualsiasi persona, sia questa colpevole ovvero innocente<sup>37</sup>.

Per il diritto processuale: a) può perfettamente prodursi senza l'intervento del processo<sup>38</sup>; b) se concorrono elementi per escludere la responsabilità, si sceglie la sentenza di merito invece dalla meramente formale; c) la prescrizione ha termini diversi secondo la gravità dei reati e, addirittura, ci sono reati imprescrittibili<sup>39</sup>.

Probabilmente ci sono altri ostacoli derivanti del diritto positivo, ma questi mi sembrano i più rilevanti. In ogni modo, come vedremo più avanti in questo stesso capitolo sono tutt'altro che insuperabili, come le dottrine che difendono sia una o l'altra posizione si sono occupate di spiegare.

### 3. Verso un diverso fondamento dell'istituto

---

<sup>35</sup> Come abbiamo visto, nel diritto italiano, art. 198; nel diritto penale cileno, art. 105; nel diritto penale tedesco non c'è un riferimento esplicito nel *StGB*, ma la dottrina è pacifica nell'opinione che non riporta nessun effetto.

<sup>36</sup> Nel diritto italiano, art. 129. C.p.p.; nel diritto cileno, art. 250 C.p.p.; nel diritto tedesco, §206a e §260 III del *StPO*.

<sup>37</sup> Si tratta, probabilmente, del fattore più problematico della prescrizione del reato. Mentre per quella della pena la categoria "innocente" è scartata, in sede di prescrizione del reato, e poiché è possibile dichiararla in qualsiasi stato del processo, allora, sarebbe perfettamente fattibile che l'imputato *ancora non ritenuto né accertato come colpevole* benefici della scadenza dei termini.

<sup>38</sup> Questo per il semplicissimo motivo che, tranne qualche eccezione, la prescrizione comincia su decorrenza dal momento della commissione del fatto e non di altri fenomeni riguardanti la persecuzione penale.

<sup>39</sup> Il *BVerG* e una parte degli autori in lingua tedesca, come abbiamo visto, ritiene che i termini di prescrizione sono delle scelte fatte dal legislatore in modo arbitrario poiché non rispecchiano le vere caratteristiche del fatto di reato, bensì solo la minaccia astratta della pena edittale. Ma, in ogni modo, se questo fosse vero, allora non ci sarebbe nessun problema per assegnare ad un reato di scarsa gravità (ad esempio un piccolo furto) la caratteristica dell'imprescrittibilità. Siccome tale atteggiamento sarebbe una diretta violazione del mandato di proporzionalità, nessun codice moderno prevede una tale regolamentazione dei termini e *comunque astrattamente* cercano di collegare il termine alla gravità oggettiva del reato.

In seguito si propone un percorso argomentativo leggermente diverso. Si cercherà in un primo momento di determinare, prendendo atto dei risultati raggiunti nel capitolo precedente – cioè, della struttura essenziale della prescrizione- quale sia il ruolo del tempo nel diritto in generale e particolarmente nel diritto penale, per poi, arrivando ad una conclusione, inquadrare il fenomeno prescrittivo piuttosto che in una determinata “scatola”, in una determinata disciplina, che sia in grado di fare i conti con le esigenze di un diritto penale liberale e le sfide di politica criminale che si impongono nel mondo d’oggi. Verrà anche in aiuto di questa indagine una riflessione sul ruolo che la prescrizione ha svolto nella storia del diritto penale.

### 3.1. *Il tempo nel diritto penale*

Una rivalutazione della prescrizione dovrebbe partire da una rivalutazione del tempo nel diritto e, particolarmente, nel diritto penale<sup>40</sup>. Come visto in precedenza, la prescrizione è *soprattutto* tempo; tempo che decorre da un momento determinato – di solito, la commissione del reato- fino a un certo momento. A questo tempo si attribuisce diverso significato secondo l’idea che i diversi autori sostengono sull’istituto prescrittivo. Tempo-espiazione, tempo-oblio della memoria, tempo-affievolimento del bisogno di sanzione, tempo-irrilevante materialmente, tempo-processo penale. Ciascuna di queste teorie hanno un fondo di verità poiché il tempo *assume diverso valore* secondo il tipo di rapporto che abbia con un oggetto determinato. Il tempo *può essere oblio* per la società, ma non sempre per la vittima; il tempo *può essere espiazione* ma a seconda dei casi e delle caratteristiche dell’autore del reato e del tipo di reato; il tempo *può modificare il valore antiggiuridico di una condotta*<sup>41</sup>, persino il tempo *può essere irrilevante* di fronte ad un reato di estrema

<sup>40</sup> Il valore del tempo nel diritto processuale penale ma anche nel diritto penale è stato affrontato da B. NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino, 2012.

<sup>41</sup> Infatti quest’ipotesi non può essere così facilmente scartata come fa la dottrina tradizionale. La prova più evidente che il tempo (ma non da solo) può modificare o far sparire il carattere antiggiuridico di una condotta è la possibilità che la stessa legge penale, *tramite una dichiarazione legislativa* modifichi la portata della sanzione o lo stesso carattere criminoso del fatto. Allora, per mandato espresso del principio di legalità, una condotta in passato ritenuta antiggiuridica diventa *quasi come se fosse magia* una condotta conforme al diritto. È vero, non basta il mero decorso del tempo perché sostanzialmente quello che ha cambiato è la valutazione sociale di quel fatto, ma un cambiamento di valutazione che si è prodotto, appunto, tramite e grazie al tempo.

### CAPITOLO III

gravità o fungere solo come *requisito del processo* o di più *tornarsi insostenibile e quindi sofferenza entro il processo*.

Ma tutte queste spiegazioni sono sempre parziali e ci sono tanti esempi per smentirle che sarebbe difficile affermare la loro utilità per fondare la prescrizione del reato. Per questo, a mio avviso, bisogna, da un lato, vagliare nel fondo del concetto di tempo nel diritto in generale e come si confronta con il diritto penale; cioè, un'indagine sui principi del diritto penale (*lato sensu*) e come interagiscono con il tempo; dall'altro, prendere in considerazione le caratteristiche del diritto penale secondo il suo sviluppo storico.

Il diritto in generale è un fenomeno *temporale*<sup>42</sup>. Ciò vuol dire che, similmente alla religione, la norma giuridica ha una struttura che richiama la dimensione temporale come parte essenziale del concetto stesso del *giuridico*<sup>43</sup>. Il diritto in questa guisa è rivolto verso il futuro con la pretesa di difenderlo dal futuro; il paradigma di questa struttura temporale è appunto il Diritto costituzionale, il quale è orientato alla conservazione di un certo modello di società e governo a scapito dalle future generazioni<sup>44</sup>. Ma anche il diritto è rivolto verso il passato, con l'obiettivo di *riconfigurare* quello che è accaduto; durante la vigenza della norma tutto quello che rientra nel precetto acquisisce per questa via una certa valenza giuridica che dopo, dipendendo della natura specifica dell'istituto giuridico, viene *solo dichiarata* ovvero anche *costituita*.

Inutile ribadire che ci sono istituti che riflettono di più questa struttura temporale che altri, come ad esempio la decadenza, la caducità, la stessa prescrizione, ecc.; ma è sempre presente in *tutti* gli istituti giuridici, solo in misura o declinazioni diverse, dove il tempo gioca un ruolo diverso. Infatti la differenza tra il diritto anteriore e posteriore (o meglio tra

---

<sup>42</sup> Sulla temporalità come caratteristica per antonomasia del diritto si veda G. WINKLER, *Zeit und Recht*, Viena, 1995, p. 303 e ss.; G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, Francoforte, 1955, p. 11 e ss.

<sup>43</sup> Si veda in proposito B. GROßFELD, *Zeit im Recht*, in *JS*, 2, 1991, pp. 17-36, p. 21. Il cristianesimo è, appunto, una religione *temporale* che guarda soprattutto verso il futuro e, al di là di concetti come l'eternità, possiede un raggio di azione limitato temporalmente.

<sup>44</sup> *ivi*, p. 25.

diritto *precedentemente valido* e diritto *attualmente valido*) è la prova più palese che il tempo come concetto astratto *fa parte della struttura basilare del diritto*<sup>45</sup>.

Allora...perché? Il diritto, come prodotto umano, perfettamente potrebbe semplicemente dichiarare una valenza *ultratemporale* di qualsiasi istituto giuridico, come fa la religione con i concetti come la *salvezza*. È troppo evidente, ma bisogna ribadirlo con l'obbiettivo di capire meglio il ruolo della prescrizione nel diritto penale. Gli obbiettivi del diritto sono assai diversi dalla religione e, quindi, la sua struttura deve riflettere questa diversità. Quindi, al di là di essere tutti due *sistemi normativi*, il diritto si rivolge verso situazioni della realtà puntuali e che coinvolgono essere umani specifici ed individuali. È filosofia pratica e quindi dovrebbe assicurare certi scopi e fini della comunità. E, dato che la comunità svolge le sue azioni e decorre la sua esistenza, appunto, dentro una certa cornice temporale, allora il diritto non può funzionare di un modo simile alla religione e utilizzare concetti che, sebbene non rigettino assolutamente l'idea di tempo, appartengono ad una categoria di concetti temporanei che esulano dall'area delle vicende umane concrete, come il concetto di *eternità*.

Dentro l'orizzonte, adesso più ristretto dei concetti temporali, la prescrizione in generale gioca ruoli diversi a seconda dell'area, ma per il momento possiamo essere d'accordo che si tratta, in linea di massima, di un concetto di *determinazione temporale*<sup>46</sup>, per quanto limita, entro una determinata data un certo effetto o possibilità.

Questa conclusione, del tutto provvisoria, appartiene al mondo dei problemi logici della prescrizione come istituto giuridico, ma certamente non spiega né il suo contenuto concreto né le sue finalità e giustificazione, problemi che appartengono alla ontologia giuridica. In ogni modo si potrebbe affermare che la prescrizione, come concetto di determinazione, fa precludere un dato effetto giuridico, inquadrando dentro un certo arco temporale la possibilità di evitare tale preclusione; in altre parole la prescrizione disegna uno spazio di

---

<sup>45</sup> Similmente K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 78.

<sup>46</sup> *ivi*, p. 72.

### CAPITOLO III

attuazione per chi è nella posizione di sostenere la pretesa contraria a quella preclusione, sottoponendo invece l'altra parte del rapporto giuridico all'aspettativa tanto della perdita di un diritto o interesse contrario alla pretesa come dell'acquisizione di un diritto opponibile alla controparte del rapporto in ordine a non essere disturbato dopo una determinata soglia temporale.

Come detto, è sul piano dell'ontologia giuridica dove si gioca il fondamento della prescrizione in ogni branca del diritto. Però bisogna tener conto della sua struttura logica, con l'obbiettivo di non dimenticare che, al di là del fondamento trovato, non è possibile modificare, sul piano della logica, questa struttura.

Poi, la valenza del tempo sulle esistenze degli individui è un fenomeno di cui, forse, non c'è bisogno di parlare a lungo, perché sembra quasi auto-evidente. La vita umana, per definizione, si svolge nella dimensione temporale; da questa semplicissima constatazione poi si deve arrivare al valore del tempo *per* gli esseri umani<sup>47</sup> e come questa finitezza temporale della vita umana diventa quasi un valore in se stesso; infatti il diritto penale, cioè quell'ordinamento che potenzialmente può intervenire nella vita dei soggetti nel modo più violento, modernamente fa valere il suo potere per mezzo di una sanzione, appunto, *temporale*: le pene detentive tolgono *giorni, mesi, anni*, addirittura *tutta la vita di un soggetto*; e su quest'ultimo modo di punire si alzano numerose voci contrarie, perché contrario all'*umanità*. Il tempo della pena, ma in modo simile il tempo della minaccia penale non è – non dovrebbe essere- un tempo *normale*, bensì un tempo in cui il soggetto o non può svilupparsi o può farlo in modo assai ristretto, in contrasto con le dichiarazioni di diritti umani e costituzioni che assicurano all'uomo un posto centrale dell'intero ordinamento giuridico e il suo sviluppo materiale ed spirituale un compito dello Stato, al

---

<sup>47</sup> Da un punto di vista delle teorie del linguaggio, di segno prettamente soggettivistico, ad esempio, il tempo ha una caratteristica di irreversibilità degli accadimenti. Si veda R. MATURANA, *Die Natur der Zeit*, in A. GIMMLE, M. SANDBOTHE e W. ZIMMERLI, (a cura di), *Die Wiederentdeckung der Zeit*, Darmstadt, 1997, pp. 114-125, non troppo lontano dal concetto kantiano del tempo “unicamente condizione soggettiva della nostra (umana) intuizione”. Cfr. I. KANT, *Critica della ragion pura*, Roma, 2010, p. 64.

meno per non mettere ostacoli a questo sviluppo<sup>48</sup>. Quindi il diritto penale, consapevole di questa limitazione deve agire in modo di non distruggere questa premessa quando impiega la violenza legittima; la pena detentiva *eterna* deve bandirsi (o per lo meno restringersi ai casi più gravi) e la possibilità di persecuzione limitarsi temporalmente, altrimenti il compito dello Stato costituzionalmente ordinato non potrebbe mai realizzarsi. Si tratta, come mi auguro di spiegare nel prossimo paragrafo, di un compito assolutamente moderno<sup>49</sup>, determinato storicamente; ma questo non deve costituire un motivo per indebolirlo, perché se questi sono i valori assunti dalla Rivoluzione francese in poi, ancora siamo i figli e i nipoti di quel momento storico. Cioè, gli eredi di una *svolta epocale* profonda.

### 3.2. Storia della prescrizione come rivelatrice del fondamento suo fondamento

La storia della prescrizione ci può aiutare per analizzare la sua natura e fondamento<sup>50</sup>. È comune l'affermazione che la prescrizione non ha un fondamento unico ma molteplice, persino una natura ibrida o almeno ambigua<sup>51</sup>; senza valutare né positivamente né negativamente queste affermazione<sup>52</sup>, si è possibile dedurre invece che la prescrizione del reato ha ricevuto durante la sua esistenza diversi significati a seconda delle mutazioni del ruolo che il complesso pena-reato ha svolto nei sistemi continentali. L'esame del capitolo precedente mette in luce che per lo meno nei sistemi studiati – che, secondo il parere di chi scrive, risultano abbastanza ripresentativi delle diverse concezioni sia del diritto penale, sia

<sup>48</sup> Così, l'art. 3, comma secondo della Costituzione italiana: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"; l'art. 2 comma 1 della GG tedesca: "Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale".

<sup>49</sup> Il fatto che la prescrizione nell'antichità e per molti reati durante il medioevo avesse dei termini lunghi, non ci deve portare ad errore: se la speranza di vita, di solito, non arrivava oltre ai cinquanta anni, una prescrizione di trent'anni non era affatto una vera limitazione temporale con effetti reali, bensì quasi una dichiarazione simbolica.

<sup>50</sup> Nonostante la ricerca storica della prescrizione presenti l'inconveniente di non essere in grado di assicurare conclusioni forti e appaganti, soprattutto quando si parla della prescrizione nell'antichità e il medioevo. Cfr. Y. HONG, *op. cit.*, p. 47.

<sup>51</sup> Così, ad esempio D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4ª edizione. Torino, 2011; S. SILVANI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>52</sup> Il problema delle definizioni ibride o miste risiede nel fatto che tendono ad moltiplicare le difficoltà invece di diminuirle.

### CAPITOLO III

della prescrizione nel *civil law*- ci sono per lo meno tre periodi storici dove la prescrizione ha avuto questa diversità di ruoli, diversità strettamente collegata alla concezione del diritto penale sostenuta in questi periodi storici. Un primo periodo, che va dall'antichità romana fino al XVIII secolo; un secondo periodo storico dal XVIII secolo fino alla metà del XX secolo; e un terzo periodo dalla seconda Guerra mondiale fino ai giorni d'oggi.

Nel primo periodo si possono suddividere due periodi: nel primo, proprio del diritto romano, la prescrizione assume lentamente un ruolo di ordine pubblico. Con l'apparizione in primo luogo della *Lex Cornelia de adulteris* e dopo con la prescrizione trentennale concessa per la stragrande maggioranza dei reati, riflette l'idea del diritto penale sbilanciata sull'interesse pubblico alla repressione dei reati. Interessante è notare che sebbene l'idea di prescrizione come disegnata dai romani sia stata presa come argomento per sostenere una natura meramente processuale dell'istituto, ci sono autorevoli voci che si oppongono a questa idea, soprattutto perché giudicare da questa caratteristica un determinato istituto giuridico è fuorviante, dato che non tiene conto della natura del diritto penale romano<sup>53</sup>. Ma, il fatto che la prescrizione sia stata concessa specialmente per i reati privati e vietata per reati che offendono interessi pubblici d'importanza o direttamente collegati alla persona dell'imperatore, rispecchia una concezione del diritto penale che si sostiene sull'idea del potere dello stato (*Staatsgewalt*), abilitato alla punizione dei reati e che si limita temporalmente<sup>54</sup>, e basata su un fondamento di certezza del diritto<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> R. LOENING, *Die Verjährung*, in K. BIRKMAYER (a cura di), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, vol. 1, Berlino, 1908, pp. 379-471, p. 395, per cui i concetti tali come ammissibilità della *accusatio* sono in realtà più vicini ad un effetto sostanziale che processuale. A p. 396 fa molti esempi su come la natura della prescrizione ha degli effetti sull'infrazione.

<sup>54</sup> Si potrebbe ribattere che l'origine indiscussa di quest'istituto sarebbe in realtà il diritto civile e, dunque, si tratta solo di una coerente riproduzione di questo istituto in ambito penale. Senza trascurare quest'affermazione, vale la pena fare un paio di precisazioni. Innanzitutto, la prescrizione civile della obbligazione non è più antica della penale; infatti, qualche autore, ad esempio E. VOLTERRA, *En torno a la prescripción del delito en Derecho romano*, in *Revista de Derecho UNED*, n° 2, 2007, pp. 477-491, p. 483 ritiene che siccome l'origine della prescrizione delle obbligazioni è il reato e quindi, il Diritto penale, allora tutti due avrebbero un'origine comune e questo spiegherebbe che l'obbligazione civile durante il periodo classico era pure imprescrittibile. In secondo luogo se, al di là della polemica intorno al momento in cui la prescrizione del reato ha diventato regola per la generalità dei reati (sul particolare si rinvia oltre al lavoro di Volterra all'articolo di J.A.C. THOMAS, *La prescripción de los delitos en el Derecho romano*, in *Revista de Derecho UNED*, n° 2, 2007, pp. 493-505), c'è relativo accordo sul fatto che questo momento è accaduto quando il potere centrale, egemonico per usare un termine molto caro a Sbriccoli diventa la regola nel penale.



Abbastanza simile la situazione durante il medioevo, la seconda tappa di questo primo periodo storico. È vero che, come visto nel capitolo precedente, la vendetta privata aveva anche un termine che possiamo chiamare molto genericamente, di prescrizione. Ma si trattava di un termine in cui comunque era coinvolto il potere di un terzo. È interessante far notare come questo intervento di una terza persona aveva un significato di mitezza: il giudice (lo Stato) poteva ben far maturare il tempo della prescrizione e non punire il soggetto<sup>56</sup>. Progressivamente, con l'affermazione del potere del sovrano nelle questioni di punizione dei reati<sup>57</sup>, la prescrizione aumenta lo spazio di ingerenza a scapito della posizione della vittima, ma sempre restando come questione collegata ai singoli reati. Non significa che la riflessione si sia fermata sulle questioni esclusivamente pratiche; verso l'età moderna la dottrina del diritto italiano sarà di grande importanza nello sviluppo della prescrizione anche nel ordinamento tedesco, elaborando, come abbiamo visto, criteri e soluzioni ancora oggi vigenti.

La svolta epocale si verifica solo con la Rivoluzione francese, momento in cui la prescrizione diventa veramente regola generale e applicabile a tutti i reati. Comunque questo passaggio non si è verificato senza critiche. L'Illuminismo – o per lo meno qualche rappresentante illustre<sup>58</sup> – guardava con certa diffidenza o scetticismo l'istituto poiché dentro l'impostazione utilitaristica propria dell'epoca la prescrizione sembrava contraria ad un effetto estintivo che solo fosse prodotto dal decorso temporale<sup>59</sup>. Anche a livello giusfilosofico, la prescrizione non si giustificava davanti non solo ad una idea del diritto penale assoluto, ma anche a livello delle teorie relative della pena, sembrando una

---

<sup>55</sup> R. LOENING, *op. cit.*, p. 405.

<sup>56</sup> Così C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in E. PESSINA, (a cura di) *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1906, p. 525. In ogni modo si deve tener conto che l'utilizzo del termine "Stato" può essere fuorviante; in realtà non si tratta, come ovvio, dell'immagine attuale di Stato.

<sup>57</sup> Su questo sviluppo, M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009, p. 7 e ss., per cui i primi antecedenti di questa nuova forma di giustizia risale al XII secolo.

<sup>58</sup> Per un riassunto abbastanza chiaro di queste opinioni, si veda F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 47, nota 32.

<sup>59</sup> Ad esempio Feuerbach, per cui la prescrizione si coordinava male con l'effetto da lui prospettato per la pena (e fine della stessa) cioè, la deterrenza.

### CAPITOLO III

*contraditio in adiecto*<sup>60</sup>. In ogni modo l'Illuminismo cercò di stabilire il fondamento dell'istituto non nelle vecchie fonti romanistiche, bensì nel diritto naturale<sup>61</sup>, in motivi di giustizia ma, si bada bene, secondo la concezione della giustizia penale prevalente all'epoca, cioè, vincolata all'idea di prevenzione generale<sup>62</sup>; cioè, a ben vedere un fondamento utilitaristico<sup>63</sup>. La concezione utilitaristica non sparirà; venne rafforzata dopo con i lavori dei classici dove i bisogni della comunità diventano il fondamento diretto dell'istituto<sup>64</sup>.

Questo periodo della prescrizione finisce con i totalitarismi degli anni 30 del XX secolo e dopo con la fine della seconda guerra mondiale<sup>65</sup>. La prescrizione del reato è vista non più come un ragionevole limite al potere punitivo, bensì come un ostacolo pericoloso alla giustizia materiale. È anche vero che la reazione si è concentrata nel campo della criminalità internazionale, con le sue orrende conseguenze, ma il danno era stato fatto. La prescrizione comincerà – a torto o a ragione, tutto dipende di quale sia il fondamento impiegato- ad essere circondata di eccezioni, diffidenza, sospetto. E anche questo

---

<sup>60</sup> La teoria kantiana dove la pena diventa un dovere, la prescrizione si presenta come un controsenso. In Germania questa concezione è rimasta per molto più tempo che in altri paesi, questione che si è fatta sentire nei lavori preparatori dei codici della seconda metà del ottocento. Cfr. Al riguardo R. LOENING, *op., cit.*, p. 410 e ss.; M. LORENZ, *op., cit.*, p. 14. Invece in Italia, forse perché lì durante il basso medioevo e l'inizio dell'età moderna i giuristi avevano sviluppato un sistema dove la prescrizione giocava anche un ruolo d'importanza, questo rifiuto è stato meno evidente.

<sup>61</sup> Si veda al riguardo R. LOENING, *op., cit.*, p. 405 e ss.

<sup>62</sup> Si veda S. SILVANI, *op., cit.*, p. 23.

<sup>63</sup> Sull'utilitarismo nel diritto penale si rimanda all'opera di F. COSTA, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, 1924, pp. 123 e ss. È abituale sostenere che la filosofia del diritto penale prima del XVIII secolo rifiutò qualsiasi modello utilitaristico nella giustificazione del diritto di punire, basandosi su una concezione assoluta della pena, questione che sarebbe cambiata con la Rivoluzione; critico su questa differenza purché *anche* il retribuzionismo dello Hegel, ad esempio, rispecchiava in parte idee utilitaristiche J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edizione, Buenos Aires, 2010, p. 326 e ss.

<sup>64</sup> S. SILVANI, *op., cit.*, p. 27.

<sup>65</sup> È interessante far notare che i totalitarismi non sono stati mai "amici" della prescrizione. Il "cambio di ruota" in Germania riguardo l'irretroattività della legge penale si è verificato durante il Terzo Reich, specificamente nel 1942. Questo dettaglio non può essere trascurato; si tratta di una concezione nata in un periodo dove le garanzie della legalità penale subirono un ormai troppo evidente indebolimento. Si veda in proposito E. BÖCKENFORDE, *Zur verfassungrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes* in *ZStW*, n° 91, 1979, pp. 888-901, p. 890; non si devono dimenticare le caratteristiche di questo nuovo ordine: un ordine dove il soggetto perde la centralità a favore dello Stato e del popolo; in cui il giudice non è più "schiavo della legge", bensì un soggetto "desideroso di trovare nell'arco della Legge la decisione ottima per la comunità del popolo e l'intero Ordine della vita", cioè, un sistema basato "sul decisionismo". Ci ricorda queste caratteristiche, H. RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, pp. 1007-1030, pp. 1011 e ss.

cambiamento epocale coincide con una modifica nella concezione dei rapporti tra vittima e diritto penale. Infatti, è ormai noto come l'aumento dell'importanza della vittima sia una delle caratteristiche più notorie del diritto penale contemporaneo, specie in certi ambiti della vita sociale. La rivalutazione del suo ruolo ha portato con sé una batteria di norme e disposizioni legali, che incidono fortemente sul rapporto intercorrente tra garanzie e soggetto<sup>66</sup>.

In realtà, la prescrizione ha subito la stessa fortuna di altri istituti più o meno connessi all'idea di legalità. Non c'è dubbio che la legalità penale e i suoi corollari sono stati fortemente sottoposti ad una contrazione o, per lo meno, ad una progressiva reinterpretazione in chiave restrittiva e meno garantistica che in passato<sup>67</sup>. Da altro canto, questo fenomeno coincide con una rivalutazione di un certo carattere imperativo del diritto penale e l'idea che il delinquente è in dovere di subire la pena, concezione che rende difficile, appunto, trovare spazio per istituti che limitano il collegamento reato-pena ritenuti al di fuori della struttura del reato<sup>68</sup>; e questo anche spiega la posizione di chi cerca di giustificare la prescrizione inserendola in qualche elemento dell'illecito penale. Una concezione *minimalista* del diritto penale che per certi versi va a controcorrente con sistemi dottrinari che, alla rovescia, cercano appunto di integrare il diritto penale con elementi che non si possono concepire *dentro della struttura classica del reato* (ma che per quanto riguarda la prescrizione, anche la concepiscono come un mero ostacolo di diritto processuale, togliendole la sua *dignità* di diritto materiale).

---

<sup>66</sup> In sostanza, la rivalutazione del ruolo della vittima porta con sé l'elaborazione di un diritto penale diverso: si veda V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, p. 135: "In entrambi i casi non ci sono beni giuridici che funzionano da criteri di legittimazione negativa, ma diritti di vittime che reclamano, rispettivamente, protezione <<preventiva>> e soddisfazione <<successiva>>; e proprio per tali ragioni, nell'uno e nell'altro caso si ordisce una giustizia penale profondamente diversa (a-normale, extra-ordinaria) da quella liberale (normale, convenzionale), le cui anelastiche barriere reocentriche impedirebbero di tutelare efficacemente e pienamente le third parties".

<sup>67</sup> Così W. NAUCKE, *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 1999, pp. 531-549.

<sup>68</sup> Così nella approfondita analisi di A. DI MARTINO, *op., cit.*, pp. 16 e ss., che ricollega questa tendenza in parte alla concezione kelseniana della norma in generale, cioè alla sanzione come caratteristica primaria del giuridico.

## CAPITOLO III

### 3.3. *Conclusione provvisoria*

Come conclusione di questo paragrafo, possiamo indicare che mentre la giustizia penale dipendeva soprattutto della vittima, la strada verso la pena poteva essere interrotta dalla propria vittima, tramite ad esempio un accordo. La pena era riservata per i casi di non accordo per così proteggere il valore della pace pubblica, violata dal reato. Allora, la prescrizione in questo scenario non aveva un grande ruolo, al di là della sua consacrazione legislativa. Invece con l'arrivo del potere statale egemonico in sede punitiva, con l'obbligatorietà dell'azione penale e con l'idea che si affermerà in età moderna del vincolo reato-pena la possibilità di non percorrere la strada penale era molto più ridotta; quindi occorre un insieme di meccanismi ormai risalenti nel tempo ma sempre, fino a quel momento, con un valore limitato.

Ma in ogni modo, il diritto penale, se non è più quel vecchio diritto penale classico, ancora rimane essenzialmente *quel* diritto penale classico; le garanzie continuano a comparire nelle dichiarazioni dei diritti di tutto il mondo e nella stragrande maggioranza dei codici penali. È anche vero che la giurisprudenza progressivamente ha indebolito queste garanzie e di solito la stessa legge penale contiene delle disposizioni apertamente contraddittorie.

### 4. *Il principio di umanità come fondamento della prescrizione del reato*

Il tempo nel diritto in generale e nel diritto penale in particolare assume variegate forme. Come visto nel paragrafo precedente, la prescrizione ha un ruolo di delimitazione del potere statale che si basa sulla gravità del reato. Questo ruolo di limitazione si costruisce tramite una dimensione particolare, cioè, in questo caso, il tempo. Ma, il punto che vorrei chiarire qui è che il tempo, come dimensione di limitazione è in rapporto *non con la società o la comunità* bensì con *il soggetto, l'individuo*; lo Stato dichiara che dopo un certo decorso temporale non è più giustificato perseguire la responsabilità di un soggetto, ma non perché l'eventuale bisogno di pena si sia esaurito ma semplicemente perché in un ordinamento centrato sull'individuo e la sua protezione da un potere che svolge (legittimamente) la

*violenza, il tempo assume un rilievo di prioritaria importanza.* Mentre l'idea del bisogno di pena ormai inesistente si alza *solo* come una presunzione, la tutela dell'individuo è invece una realtà anche normativa e positivizzata. Il rapporto giuridico tra Stato e soggetto non è bilanciato, ma, da un lato sbilanciato a favore dello Stato, che può eseguire misure limitative dei diritti fondamentali però, allo stesso tempo, sbilanciata a favore del soggetto, che può opporre allo Stato una serie di ostacoli alla punizione, tra i quali spunta anche il tempo. Cioè, parliamo semplicemente del vecchio argomento della spada di Damocle che, a mio avviso, si può spiegare solo con l'appello al principio di umanità.

#### *4.1. Diverse concezioni di umanità*

Il termine “umanità” viene usato frequentemente in diritto penale per descrivere un tipo di reati in particolare – i c.d. reati contro l'umanità- ma di rado si usa questo termine come principio, al meno come uno di quelli fondanti il diritto di punire. Di solito, invece si parla di dignità umana<sup>69</sup> o principio personalistico<sup>70</sup>. Compare come fondamento di molti principi ed elementi del reato, come la legalità penale o la colpevolezza, solo per dare un paio di esempi; infatti, appare anche come fondamento della prescrizione insieme ad altri, come visto in precedenza. Ma è quasi impossibile trovarlo come fondamento unico e spesso si percepisce come una specie di argomento residuale, quando gli altri chiamati in causa falliscono.

---

<sup>69</sup> La dignità, consacrata in numerose dichiarazioni internazionali presenta diversi significati al punto che ha diventato un concetto troppo ambiguo. Cfr. A. KAUFMANN, *Filosofia del Derecho*, trad. L. VILLAR BORDA e A. MONTOYA, Bogotá, 1999, p. 334 e ss.; C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, 2° edizione, Torino, 2009, p. 34. È questa mutevolezza e fragilità nei contenuti che ci spinge a non utilizzare questo termine per parlare della prescrizione. La dignità umana nel suo sviluppo giuridico ha molte somiglianze con la storia e lo sviluppo del concetto di “bene giuridico”; da essere concepito in chiave garantistica e contro limite del diritto penale e del suo uso irrazionale, il bene giuridico è diventato strumento per l'espansione del diritto penale, ad esempio, quando si parla di obblighi di tutela. Il caso del diritto penale internazionale ed europeo è una prova di tutto questo, senza qui pregiudicare i meriti e i demeriti di una tale concezione. Solo ci serve per chiarire che la dignità, anche se avendo un legame evidente con l'umanità e, in certo modo, coincidendo appieno nei contenuti, risulta un concetto che linguisticamente si può prestare a fraintendimenti. Su questo particolare, si veda M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 152.

<sup>70</sup> Così F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *op., cit.*, p. 49.

### CAPITOLO III

L'umanità come principio suppone una concezione del mondo e della società dove il centro della cultura sia l'individuo. Secondo Recasens Siches, la realizzazione dei valori solo ha senso per l'uomo; per la sua piena realizzazione occorre, sì, anche la società, ma questa è solo un mezzo per raggiungere i valori che sono sempre personali, individuali; i valori della società sono strumentali a questo scopo<sup>71</sup>. In altre parole, si tratta dell'assioma della filosofia kantiana, per cui l'uomo come individuo, non come astrazione, non può essere utilizzato come mezzo per raggiungere altri fini, cioè, è un fine in sé. L'idea, sviluppata già nell'antichità, ma ripresa e portata alle sue ultime conseguenze (al meno per l'epoca) durante il diciottesimo secolo, è la pietra di fondazione del diritto penale moderno e diventò o avrebbe dovuto diventare un faro per la scienza del diritto e le legislazioni, questione che, in molti aspetti, si è realizzata. Ma, il suo sviluppo, al di là dei periodi di stallo e di retromarcia dei primi decenni del XX secolo, è arrivato oggi ad una strana stagione, quella della negazione dell'umanità con l'obiettivo di difendere l'umanità.

Il problema di fondo di questo sviluppo a mio avviso, risiede nel fatto di una confusione o per lo meno un fraintendimento fra tre concetti che non sono contraddittori, ma che non sono del tutto coincidenti: l'umanità come caratteristica, l'umanità come principio orientato sull'individuo e l'umanità come soggetto titolare di diritti fondamentali.

L'Umanità come caratteristica degli essere umani

Come caratteristica degli esseri umani, l'umanità chiama in causa l'idea di un certo sviluppo socio-culturale *sempre in avanti*, come idea di progresso continuo della specie umana che spinge verso la uguaglianza fra tutti e la non utilizzazione di metodi violenti contro altri esseri umani per la risoluzione dei conflitti<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> L. RECASENS SICHES, *Filosofia del Derecho*, México, 1961, pp. 531 e ss. La concezione di Recasens riposa tanto sulla filosofia di Miguel di Unamuno come dal pensiero del neokantismo di Stammler.

<sup>72</sup> In questo senso, ritenendo il concetto di umanità come concetto normativo di natura culturale M. DELMAS-MARTY, *Umanità, specie umana e diritto penale*, in *RIDPP*, 2012, fasc. 3, pp. 741-752, p. 741.

## L'Umanità come soggetto o titolare di diritti

Dopo possiamo trovare l'idea di umanità come collettivo che coinvolge tutti gli individui della specie umana *passati e futuri* come titolari di diritti propri, separabili dell'essere umano concreto, *diverso dal singolo*, nonostante la sua funzione sia tutelare i diritti dei singoli<sup>73</sup>; cioè, una specie di collettivo strumentale. Questa nozione di umanità si sviluppa giuridicamente dai processi di Norimberga<sup>74</sup> e si consacra nello statuto della corte penale internazionale, dove, appunto, si sanciscono i crimini contro *l'umanità*, ma in realtà l'idea di questo collettivo universale come titolare di propri diritti permea le restanti fattispecie, cioè il genocidio e i crimini di guerra<sup>75</sup> ma anche più modernamente come titolare (o bene giuridico, è difficile disegnare una linea di confine) nel biodiritto<sup>76</sup>.

## L'Umanità come principio

Invece quello che qui vorrei sottoporre alla attenzione del lettore è l'umanità come principio normativo, cioè, come idea fondamentale che fornisce una risposta valutativa davanti ad una determinata situazione di fatto<sup>77</sup>. L'umanità come principio è presente in numerosi fenomeni giuridici e, non sarebbe possibile rinchiuderlo dentro i margini del

<sup>73</sup> Si veda in proposito P. LUCAS VERDÚ, *Humanidad y derechos humanos*, in *Anuario de Derechos humanos*, n° 1, 2000, pp. 129-154, p. 152.

<sup>74</sup> Su questo sviluppo, e da una impostazione filosofica d'indole giusnaturalistica si veda L. LIPPOLIS, *Dai diritti dell'uomo ai diritti dell'umanità*, Milano, 2002, pp. 149 e ss.

<sup>75</sup> In ogni modo si deve distinguere l'umanità nel reato di genocidio dal concetto di umanità nel crimine contro l'umanità. Nel primo il gruppo viene protetto come una unità "concreta"; invece nel crimine contro l'umanità, questa viene protetta come una astrazione e quindi, come un bene giuridico di natura collettiva. Cfr. C. SAFFERLING, *Internationales Strafrecht*, Heidelberg, 2011, p. 185.

<sup>76</sup> L'umanità costituirebbe il titolare ma anche il bene giuridico minacciato dalla ricerca sul genoma umano. Fondamentale in questo aspetto i lavori di Habermas. Un riassunto delle sue teorie in V. TIGANO, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca* in *RIDPP*, fasc. 4, 2010, pp. 1747-1786, particolarmente p. 1754 e ss.

<sup>77</sup> Diversamente dei principi regolativi che forniscono non una soluzione diretta alla questione, ma solo un criterio di risposte possibile. Cfr. H. HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo*, trad. J.L. Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 2008, pp. 64 e ss. ; fino a Kant, invece, l'umanità è contemplata come principio regolativo, come il fondamento *preformativo* di tutto il complesso dei diritti e dei doveri; si veda in proposito l'analisi di M. LIPARI, *Considerazioni sull'utilità e il danno dell'idea di umanità (parte prima)*, in *Politica del diritto*, n° 4, 2012, pp. 603-642, p. 624. Per una critica all'idea di umanità, specie dopo la II GM, imprescindibile il lavoro di H. ARENDT, *L'origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2009, p. 402 e ss., per cui l'idea di umanità si collegava ancora in quell'epoca (ma anche dopo se si tiene conto dei fenomeni dell'immigrazione) all'appartenenza ad un determinato Stato-nazione.

### CAPITOLO III

diritto penale<sup>78</sup>. Ma, è nell'area del penale dove trova più spesso realizzazione, in quanto lede o potrebbe ledere beni giuridici del singolo che sono anche diritti fondamentali e quindi, tutelabili prioritariamente dal ordinamento giuridico<sup>79</sup>. Questo principio tende a accantonare qualsiasi richiamo utilitaristico o di strumentalizzazione del soggetto e quindi convive con altri principi che svolgono queste funzioni, come il principio di sussidiarietà<sup>80</sup> o certi fenomeni giuridici indirizzati alla realizzazione di scopi o funzioni della pena relativi, come la prevenzione generale<sup>81</sup>.

#### 4.2. Principio di umanità

Il contenuto del principio di umanità cerca di escludere qualsiasi utilizzazione del singolo per scopi diversi alla realizzazione di lui stesso come fine in sé o auto fine e deve bilanciarsi con i bisogni della comunità verso la repressione dei reati perché questo scopo cerca anche la tutela dei medesimi singoli, oltre che alla comunità ma sempre in via strumentale<sup>82</sup>. L'idea di umanità suppone, quindi, che il diritto dovrebbe assicurare a tutti gli individui i mezzi per il loro sviluppo materiale e morale, in un progressivo miglioramento della comunità tramite il miglioramento del singolo. Allora si capisce perché il richiamo ad un diritto penale *umanitario*: se l'idea di Stato è necessaria per questo scopo

---

<sup>78</sup> Spesso si parla di *umanità della pena* come una esigenza dello Stato di diritto. Cfr. M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1990, p. 288 e ss.

<sup>79</sup> Così ad esempio E. ZAFFARONI, *Humanitas en el derecho penal*, in *Cahiers de defense sociale*, 2011-2012, pp. 7-24, p. 8, che ritiene il rispetto all'umanità come principio il componente con cui possiamo distinguere un diritto penale liberale di uno autoritario.

<sup>80</sup> Secondo O. GARCÍA PÉREZ, *op., cit.*, p. 339, il principio di sussidiarietà – nella sua impostazione, fondamento della punibilità- sarebbe un principio prettamente utilitaristico, nella misura in cui fa riferimento ai mezzi per arrivare ad un determinato risultato e alla valutazione dei costi in funzione con altri interessi vincolati alla pena.

<sup>81</sup> Riguardo all'applicazione del principio di umanità nel diritto penale in altre aree, come la colpevolezza o il sistema sanzionatorio, J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El principio de humanidad en Derecho penal*, in *Eguzkilore*, n° 23, 2009, pp. 209-225.

<sup>82</sup> L'idea di umanità si ricollega, come appare evidente, ad una concezione di persona e quindi di dignità umana che ha un origine prettamente religiosa. Cfr. su questo punto M. CATTANEO, *op., cit.*, p. 279 e ss. Ma la articolazione moderna dell'istituto è opera dell'illuminismo che si appropriò dell'impostazione del Kant contenuta nella *Fondazione della metafisica dei costumi* e poi nella *Metafisica dei costumi*; l'idea di auto fine come imperativo categorico fu accolta malgrado l'indirizzo utilitaristico dell'illuminismo in molte altre questioni penalistiche e si rispecchiò in un atteggiamento che pretendeva di mettere più ostacoli al potere Statale –adesso accresciuto- quando aveva come bersaglio l'individuo. In senso simile, si veda F. MANTOVANI, *Principi fondamentali del diritto penale della libertà*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, pp. 390-401, p. 391.



(e si comincia a parlare coerentemente di Stato di diritto o *Rechtsstaat*) il potere che oppone agli individui deve essere anche misurato e utilizzato solo se necessario. Pertanto la sanzione di un reato non si oppone al principio di umanità sempre che l'ordinamento resti entro un'area dove l'intervento contro il singolo e i suoi beni giuridici sia da un lato giustificato dalla sua condotta (il complesso tipicità-antigiuridicità-colpevolezza) e da tutti gli altri presupposti della punizione, tra i quali troviamo l'elemento temporale. Se un diritto penale ragionevole punisce solo condotte descritte dalla legge, contrarie al diritto (perché lesive di un bene giuridico) e la cui condotta opposta era esigibile al momento del fatto, deve anche farlo entro una determinata soglia temporale, con l'obiettivo di restare come una risposta coerente al fatto delittuoso (pertinenza della risposta sanzionatoria)<sup>83</sup> ma anche per non mettere in balia o far restare l'individuo eternamente reperibile dal potere dello Stato; in una situazione di questo tipo, dove la minaccia penale non si è ancora svolta *ma potrebbe svolgersi* indefinitamente è difficile affermare che il soggetto possa, anche astrattamente, sviluppare la sua esistenza in forma piena, soprattutto se, come accade con la prescrizione, questa può anche beneficiare un soggetto formalmente e sostanzialmente innocente.

Il principio di umanità, dunque, in questo caso disegna un preciso spazio temporale in cui il potere dello Stato si può scatenare contro il singolo legittimamente, attribuendo alla gravità dei reati il parametro con cui misurare il tempo necessario per arrivare ad una risposta sanzionatoria. Ma dopo questo periodo, al di là di quello che possa accadere con i bisogni della comunità, questa possibilità si chiude. Il contrasto con la necessità di pena è evidente non appena si pensi a questa situazione: due reati esattamente uguali (ad esempio, due stupri) ma uno commesso dieci anni fa (e dunque, nel nostro esempio, prescritto) e l'altro, invece, commesso due giorni fa (e dunque ancora perseguibile) presentano caratteristiche pressoché identiche ma in un caso si deve arrivare alla impunità e nell'altro, invece alla condanna o per lo meno alla realizzazione del processo per determinare se è stato

---

<sup>83</sup> Sulla prontezza della risposta sanzionatoria, si veda F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p. 72.

### CAPITOLO III

commesso e la responsabilità del imputato. L'esempio risulta più evidente con reati di gravità medio – bassa e, quindi, con termini di prescrizione ancora più brevi.

Quanto affermato in precedenza non toglie il fatto che, a determinate condizioni, anche i bisogni di pena si affievoliscano con il decorso temporale, ma non costituisce il criterio fondante di quest'istituto per il semplice fatto che non è possibile affermare che questo accada in tutti i casi. L'umanità invece, con il suo forte onere di rispetto del singolo spiega meglio la limitazione del potere statale di fronte al solo decorso temporale che non fa mutare – al meno secondo la dottrina più autorevole- gli elementi del reato. Il bisogno di pena potrebbe, al limite, spiegare la scelta dei termini di prescrizione, graduati secondo la gravità del reato così come appare nella pena edittale.

#### *4.3. Distinzione fra principio di umanità e certezza del diritto*

A questo punto occorre distinguere tra principio d'umanità e certezza del diritto. Quest'ultima è stata chiamata in causa come fondamento della prescrizione più volte e questa approssimazione non è del tutto fuorviante, ma presenta due problemi quando si pone davanti alla prescrizione come il suo fondamento. La prima è che un ordinamento dove tutti i reati fossero imprescrittibili la certezza del diritto non viene violata: se certezza del diritto significa conoscenza previa delle conseguenze giuridiche (e qui la parola previa non significa necessariamente previa alla commissione del reato) con l'obiettivo di prendere decisioni e orientare la mia vita, allora sarebbe perfettamente possibile dire che un reato imprescrittibile anche permette di compiere questa funzione, poiché so perfettamente che, in quel caso, non ci sarà nessuna possibilità per il decorso del tempo di eliminare la punizione<sup>84</sup>. Si potrebbe dire che “ho la certezza dell'incertezza” rispetto a se e quando l'azione penale si scatenerà contro di me, ma ho la certezza che questa possibilità resterà ferma fino alla sua realizzazione concreta o fino alla mia morte, la prima cosa che accada.

---

<sup>84</sup> È di questa opinione R. RAGUÉS Y VALLÈS, *op. cit.*, p. 28, che si riferisce al concetto “sicurezza giuridica” (*seguridad jurídica*). Su questa distinzione, più abituale nella dogmatica in lingua spagnola, si veda in questo capitolo, nota n° 79.

La seconda difficoltà è dogmatica. La certezza del diritto come fondamento della prescrizione è stata utilizzata nella sua veste, per così dire, più tradizionale, cioè, quella che la concepisce come una esigenza scaturente della prevedibilità *ex ante*, cioè prima della commissione del fatto come un modo di sapere le conseguenze del reato (tra quelle la prescrizione) prima di agire<sup>85</sup>. Questa posizione è stata giustamente criticata perché confonde due piani, quello della prevedibilità come esigenza della certezza e prevedibilità come caratteristica della scelta del soggetto agente che si muove sul piano della colpevolezza, più precisamente, sul dolo<sup>86</sup>. Effettivamente, per ritenere una scelta del soggetto libera, per lo meno dal punto di vista della esigibilità, bisognerebbe la conoscenza previa. Ma non funziona dallo stesso modo per la certezza davanti la prescrizione perché, e questo è anche vero, nessuno prende in considerazione il tempo in cui sarebbe perseguibile al momento di agire. Se ormai è assai incerto che il soggetto sia in grado di conoscere le altre caratteristiche più pregnanti del *penale*, come i requisiti del reato, una questione come il termine di prescrizione sicuramente non rientra nei suoi calcoli. Quindi, più che si tratti di un interesse che non merita tutela penale (questione anche molto discutibile), quel interesse, al meno in forma previa non esiste. Ma questo riguarda più la natura della prescrizione e sarà trattata più avanti.

Invece, la certezza del diritto funziona più come una conseguenza del principio di umanità. È l'umanità che fornisce il contenuto della certezza e per questo motivo non si limita ad

---

<sup>85</sup> Si tratta, in realtà, di una reminiscenza della certezza del diritto così come concepita dalla Rivoluzione Francese in poi; infatti, dall'opera di Beccaria o Bentham, scatta l'immagine di un cittadino, l'"obiettivo" delle norme penali che doveva riunire certe caratteristiche: "libero e proprietario, capace di controllare se stesso, di proiettarsi verso il futuro, di distinguere un vantaggio immediato ma effimero e un beneficio differito ma solido. È questo l'individuo pienamente libero e compiutamente razionale che Beccaria presuppone nel momento in cui collega alla certezza delle norme e delle pene un'efficacia dissuasiva capace di frenare le spinte aggressive dei soggetti: un individuo (lockianamente) capace di controllare se stesso e di investire oculatamente le sue energie e perciò in grado di essere proprietario non solo (come tutti) del proprio corpo, ma anche di beni 'esterni'; un individuo capace di prevedere e valutare razionalmente le conseguenze delle sue azioni". P. COSTA, *Pagina introduttiva: il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007 pp. 1-39, p. 10; In questo modo si capisce come, tradizionalmente, la certezza del diritto è stata vista dall'ottica di una prevedibilità *ex ante* che, secondo quanto abbiamo detto riguardo alla tutela dell'affidamento o principio oggettivistico non esclude una concezione più ampia di certezza.

<sup>86</sup> Su questa differenza, si veda J. ARNOLD, *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de derecho*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 1999, pp. 307-340, p. 314; F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 88.

### CAPITOLO III

operare nel caso di una certezza *verso il futuro* ma anche, come vedremo nel paragrafo successivo, come stabilità e protezione dell'oggettività.

#### 5. *Conseguenze dogmatiche del principio di umanità come fondamento della prescrizione del reato*

##### 5.1. *Natura della prescrizione*

A questo punto possiamo arrivare alla conclusione che, se la prescrizione si fonda sulla base del principio di umanità e quindi è strettamente legata all'idea di legalità e certezza del diritto, la sua natura è anche sostanziale e non meramente processuale. Infatti, il percorso storico, il significato del tempo nel diritto penale e la stessa idea di umanità che è all'origine dell'istituto ci portano ad affermare che, al di là di eventuali effetti processuali o della stessa operatività del suo meccanismo, la prescrizione resta sottoposta al principio di legalità e quindi al divieto di irretroattività. Tuttavia, a questo punto bisogna indicare che i ragionamenti tradizionali per giustificare la sottoposizione della prescrizione al suddetto divieto non sono appaganti. Vincolandolo alla certezza come tradizionalmente fatto non si risolve adeguatamente il problema che il termine di prescrizione difficilmente si può includere dentro le conoscenze con cui il soggetto deve contare al momento di decidere se agire o meno. E, se questa conoscenza si rivela poco accettabile sul piano fattuale, sul piano dogmatico l'affidamento del soggetto sul fatto di non essere perseguito dopo un determinato termine è stata giudicata come non meritevole di tutela.

Prima di arrivare alla soluzione di questo problema, mi pare necessario dire qualcosa su quest'ultima affermazione. Quando gli autori si esprimono in questo modo, non è possibile non trovare un certo sapore moralizzante che sembra poco giustificato. Che il decorso temporale non sia meritevole di tutela significa che la sua prevedibilità (sempre ritenuta come una prognosi *ex ante* ma non necessariamente dal momento della commissione del reato) appare come un dato che non è abbastanza rilevante da essere coperto da una garanzia ritenuta da tutti come fondamentale in uno Stato di diritto. Infatti, si afferma

spesso che il termine di prescrizione è una “promessa” o un “compromesso” dello Stato in ordine alla perseguibilità dei reati, ma niente di più. Da queste affermazioni non può che scattare una profonda perplessità. Innanzitutto se si tratta come gli autori e la stessa *BVfG* insistono una promessa, sembra strano che riguardo a quella promessa lo Stato possa cambiare idea e modificarne il contenuto<sup>87</sup>.

La risposta a questi interrogativi, si trova, a mio avviso, nel principio della tutela dell'affidamento o protezione dell'obiettività. Si tratta di un principio sviluppatosi soprattutto in sede di diritto pubblico ed economico<sup>88</sup> ma è stato poco impiegato in diritto penale<sup>89</sup>. Di solito si denomina anche “garanzia di obiettività”<sup>90</sup>.

La garanzia di obiettività o tutela dell'affidamento in senso ampio ha come proposito conservare una certa continuità nei rapporti tra Stato e cittadino. Codesta continuità non significa pietrificazione del diritto ma sì che lo Stato assuma un certo compromesso con l'individuo in ordine alla sottoposizione alle regole che egli stesso si è prefissato. Questo si spiega per il fatto che le attività dello Stato proiettano i loro effetti in un raggio molto

---

<sup>87</sup> In un senso molto simile, R. RAGUÉS Y VALLÈS, *op., cit.*, p. 83 che, “appunto, poiché il legislatore si è obbligato espressamente a limitare temporalmente la persecuzione del reato, il cittadino deve poter affidarsi legittimamente nei termini vigenti di prescrizione, allo stesso modo in cui si fida nei compromessi che riguardano le condotte vietate o la severità delle pene”. Nella dottrina italiana, si veda G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, p. 296 che difende l'idea che l'irretroattività si basa sulla tutela dell'affidamento; M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività*, cit., p. 324 (è da notare che l'autore oppone al concetto di affidamento quello di conservazione o mantenimento delle regole del gioco, ritenendo che il primo sarebbe più adatto per parlare di affidamento in senso soggettivo).

<sup>88</sup> Al riguardo G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Milano, 2009, p. 152 e ss. V. PIETROBON, Voce *Affidamento*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, pp. 1-6.

<sup>89</sup> E. LORÉ, *op., cit.*, p. 17.

<sup>90</sup> Così ad esempio G. JAKOBS, *op., cit.*, p. 82. Nella tradizione giuridica, soprattutto spagnola e latinoamericana si fa richiamo per nominare questo principio ai concetti di *seguridad jurídica* e *certeza del derecho*. La prima, secondo la definizione più accettata sarebbe vicina al concetto che si sviluppa in questo lavoro, cioè la tutela dell'affidamento, dal momento in cui la sicurezza giuridica si definisce come “un valore strettamente collegato agli Stati di diritto che si concretizza in esigenze oggettive di *correzione strutturale* (formulazione adeguata delle norme del ordinamento giuridico) e *correzione formale* (adempimento del diritto per suoi destinatari, specie per gli organi impiegati alla sua esecuzione)”. Invece la *certeza del derecho* sarebbe la faccia soggettiva dello stesso principio. Cfr. A. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, in *Boletín de la Facultad de Derecho*, n° 15, 2000, pp. 25-38, p. 28-29. Anche sembra ritenere l'affidamento nella sua veste “soggettiva” A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, M. MAZZACUVA, M. PAVARINI e M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, vol. 1, 3° edizione, Torino, 2006, pp. 174-213, p. 187.

### CAPITOLO III

ampio e possono colpire l'individuo nei suoi diritti fondamentali – che possono limitarsi, mai distruggersi: perciò il compromesso assunto dallo Stato cerca di limitare la portata delle sue scelte sul piano giuridico abbracciando quelle condotte degli individui commesse prima della loro esecuzione e solo in casi eccezionali dopo di quel momento<sup>91</sup>.

Si tratta comunque di un affidamento obbiettivo poiché non dipende della precisa consapevolezza dei soggetti<sup>92</sup> e si indirizza soprattutto a proteggere, oltre il singolo, l'intera comunità giuridica. Il motivo di fondo di questa autolimitazione si trova nel fatto che la legittimità e autorità dello Stato si basa, appunto, nella rinuncia che fa del suo proprio potere, cercando di ridurre il campo di azione dell'arbitrarietà fino ad eliminarlo<sup>93</sup>.

Da questo punto di vista, il divieto di retroattività funziona come meccanismo che assicura una certa neutralità. Lo Stato tramite la legge valuta verso il futuro una data condotta *perché ancora non compiuta*<sup>94</sup>. Se conosciuta, la legge che vuole produrre effetti giuridici su quel comportamento perde questa neutralità, perché inevitabilmente indirizzata ad un

---

<sup>91</sup> Per esteso si rimanda a E. LORÉ, *op. cit.*, p. 69

<sup>92</sup> Diversamente da certe impostazioni più tradizionali che osservano nel fenomeno della proibizione di retroattività della legge penale più severa la protezione della sicurezza giuridica in senso soggettivo, come calcolabilità delle conseguenze: Cfr., ad esempio G. OLIVER, *op. cit.*, p. 124.

<sup>93</sup> E. LORÉ, *op. cit.*, p. 70.

<sup>94</sup> In parte, la storia dell'irretroattività serve come guida per comprendere meglio come l'ascesa di un potere punitivo centralizzato tende a coincidere con un progressivo atteggiamento contro la retroattività delle disposizioni più severe. Così, nel diritto romano solo con l'affermazione del potere centrale dell'Imperatore (particolarmente con Costantino) si comincia a parlare più in generale sull'irretroattività delle norme che vietavano condotte. È vero che gli Imperatori potevano comunque far retroagire una norma di questo tipo secondo il suo parere; ma è anche vero che si trattava di una eccezione, non della regola (Cfr. G. DANNECKER, *op. cit.*, p. 36). Successivamente durante i secoli XVI e XVII, grazie ai lavori dei giuristi italiani e soprattutto spagnoli il divieto di irretroattività diventò una regola applicabile anche ai reati che violavano il diritto naturale (*ivi*, p. 43). Con l'Illuminismo e le opere di Montesquieu, Locke e Beccaria si perfeziona questa idea: sia in parte dal diritto naturale, sia in parte dallo spirito delle leggi che vede in essi una direttiva per il futuro come meccanismo per proteggere l'individuo (*Rechte des Einzelnen*) del potere dello Stato limitando l'arbitrarietà giudiziaria. È durante il XIX secolo che, almeno in Germania, al principio si aggiungono altri elementi: oltre alla stabilità, fermezza e affidabilità della legge, soprattutto penale, si fa richiamo anche alla sua generalità e astrattezza; in questo periodo si riafferma che ogni modifica alla legge penale, compresa la prescrizione se più severa per l'individuo resta comunque sottoposta al divieto di retroattività (*ivi*, p. 160). Sempre in Germania, è con la Costituzione di Weimar che si comincia a parlare della possibilità che la stessa *Grundgesetz* abbia, per la sua redazione, autorizzato implicitamente il legislatore a creare leggi penali con effetto retroattivo (*ivi*, p. 163): la costituzione nel paragrafo 116 impiegava, allo stesso modo che la attuale 103 secondo comma della *GG* il termine *Strafbarkeit*.

individuo o gruppo di individui. La legge da discorso normativo “cieco” diventa strumento di lotta se più severa dalla precedente, soprattutto se possiede un contenuto punitivo<sup>95</sup>.

Così esposto il problema, si relativizza abbastanza la polemica tra natura sostanziale-natura processuale della prescrizione. Al di là dell’esistenza di buoni argomenti per ritenerla parte del diritto sostanziale, come ad esempio quello proposto in questo lavoro, cioè il principio di umanità come fondamento dell’istituto, il vero è che né storicamente né filosoficamente è possibile difendere una posizione favorevole alla retroattività delle modifiche peggiorative del sistema della prescrizione senza trascurare la tutela dell’affidamento come valore costituzionalmente riconosciuto. Se accanto ad un affidamento “soggettivo” ce n’è anche uno di natura oggettiva che non dipende dalle conoscenze o calcolabilità dell’individuo<sup>96</sup>, allora gli argomenti che fanno leva sia sull’appartenenza o meno alla condotta, sia sulla ubicazione processuale dell’istituto perdono forza. Il valore della neutralità verrebbe compromesso con una riforma dei termini di prescrizione successiva alla commissione perché sarebbe ritenuta come un cambio delle regole del gioco rivolte non alla intera comunità giuridica, bensì soltanto a coloro che *già* hanno commesso (presuntivamente) un reato e quindi, in linea di massima, conosciuti dagli organi dello Stato.

Allora, se si aggiunge il valore-principio dell’umanità a questo argomento, si rafforza la risposta fornita fin qui. Al di là della giustizia “materiale” insita in certi decisioni (ad esempio le successive modifiche al regime della prescrizione nella Germania post Nazionalsocialismo) rimangono insoluti due grossi problemi: il primo, la stessa giuridicità di una scelta di questo genere che potrebbe (e sottolineo il “potrebbe”) essere risolta se si fa appello all’idea del diritto penale internazionale; il secondo, che una modifica dogmatica di non poco effetto come “cambiare la ruota” e decidersi per una natura prettamente processuale della prescrizione per una tipologia di reati particolarmente efferati ha finito per essere estesa a tutti i reati. Adesso cercheremo di valutare queste due problemi.

<sup>95</sup> Similmente F. SATTA, Voce *Irretroattività degli atti normativi* in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, pp. 1-7, p. 1.

<sup>96</sup> Cfr. E.M. AMBROSETTI, *Abolito criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004, p. 4.

### CAPITOLO III

Riguardo al primo bisogna riconoscere, al meno per i crimini del nazionalsocialismo, che la Germania – ma non solo- si è trovata nel 1945 davanti ad una situazione che sfuggiva delle coordinate di un diritto penale “normale”<sup>97</sup>. Non solo per la mancanza di rimedi, strutture dogmatiche e legislazione interna ed esterna, ma anche poiché la misura ed estensione dei crimini commessi travalicava qualsiasi limite e andava ben oltre la immaginazione umana. Il tema è stato ripetutamente trattato in dottrina. Qui solo voglio riaffermare che una modifica dei termini di prescrizione, così come in larga misura la giustizia fatta in quel periodo è stata la tipica giustizia dei vincitori, senza per questo motivo valutarla negativamente. Dopo, la entrata in vigore di diversi strumenti internazionali, come la Convenzione de 1968 che dichiarò il genocidio e i crimini contro l’umanità imprescrittibili in qualunque caso e commessi in qualsiasi momento portò una soluzione positiva al riguardo, soluzione che in ogni modo, nei paragrafi successivi, sarà valutata. Invece, non è di poca importanza l’atteggiamento della “nuova” giustizia penale internazionale; il desiderio di non far retroagire le sue disposizioni sembra costituire un certo cambiamento su questo punto, forse molto più garantista dalla visione sulla retroattività che dimostra l’Europa al riguardo.

Il secondo problema risiede nel fatto che, nonostante l'accettazione della situazione fattuale precedentemente riferita, non si capisce quale sia il motivo di estenderla ad un diritto penale “della normalità”. Se, come ripetutamente spiegato, i crimini che fanno parte del diritto penale internazionale non sono diversi da quelli normali per l’antigiuridicità, bensì per il contesto in cui si sviluppano<sup>98</sup>, allora se questo contesto non si presenta nel diritto penale “normale” non si vede il motivo per estendere una previsione eccezionale a tutti i

---

<sup>97</sup> Al riguardo, si trova spesso l’affermazione che certi principi sono derogabili solo entro situazioni di anormalità e quindi con una natura assai eccezionale. In questo senso F. MANTOVANI, *Diritto penale della libertà*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 397; W. NAUCKE, *Die straffjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Francoforte, 1996, p. 55 per cui il divieto di retroattività dovrebbe operare sempre per il diritto penale del “cittadino” o della normalità, e derogarsi solo per la criminalità di Stato, ma la sua estensione al primo campo della criminalità solo si spiega per motivi pratici.

<sup>98</sup> Anche se si tratta di una questione molto discussa.



casi<sup>99</sup>. L'ipotesi più appagante, a mio avviso, è la confusione fra diritto penale internazionale e diritto penale dei diritti umani. Mentre il primo funziona soprattutto a livello di tribunali sovranazionali il secondo tende progressivamente ad infiltrare gli ordinamenti nazionali con ricadute di certo livello su principi ritenuti classici ed inderogabili<sup>100</sup>.

Ovviamente non è solo la prescrizione a subire queste deroghe difficilmente accettabili, bensì l'intero sistema della legalità penale, essendo la prescrizione soltanto uno dei tanti effetti secondari di un atteggiamento fortemente contrario alla rigidità formalistica del principio, al di là del riconoscimento della sua importanza a livello di tutela dei diritti umani.

## 5.2. L'imprescrittibilità.

---

<sup>99</sup> Le deroghe ai principi cardini del diritto penale è stata operata sia in Europa che in America latina: in quest'ultimo continente la CIDU ha, ad esempio, indebolito il *ne bis in idem* ma non nel contesto di un reato di una certa gravità che giustificasse il suo intervento: è successo a proposito di un reato contro la *privacy*. Cfr. M. ZILLI, F. GIRAO MONTECONRADO, e M. ROCHA DE ASSIS MOURA, *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de direitos humanos*, in *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino, 2011, pp. 403-433. Nondimeno, sembra che, al meno per quanto si riferisce alla prescrizione, la CIDU comincia a mostrare certa cautela; così, nella sentenza *Albán Cornejo* de 2007 contra lo Stato ecuadoriano, la Corte sembra limitare gli effetti di una precedente decisione, la sentenza *Bulacio* del 2003 in cui aveva esteso il divieto di irretroattività anche ai reati ritenuti come violazioni ai diritti umani ma che non potevano essere considerati "gravi" (cioè, che assomigliavano ai reati del diritto penale internazionale); in questa decisione, invece, la Corte riafferma che l'imprescrittibilità è solo per questi ultimi tipi di reati. Per un'analisi della giurisprudenza della Corte CIDU sul particolare, P. PARENTI, *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino, 2011 Berlino, 2011, pp. 211-228, in particolare p. 223 e ss.

<sup>100</sup> Riconosce questa differenza – cioè tra irretroattività nazionale ed europea- e si esprime in modo molto critico al riguardo V. VALENTINI, *op. cit.*, p. 115 e ss. Nell'ambito di un'altra corte continentale che andrebbe al di là delle premesse del principio di legalità e conseguentemente del principio di irretroattività penale E. MALARINO, *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón*, in G. FORNASARI, ed E. FRONZA, (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento, 2009, pp. 31-98, p. 42: "Invero, la giurisprudenza di diversi tribunali argentini, la corte suprema *in primis*, seguendo in parte criteri elaborati dalla Corte Interamericana dei diritti umani (...) sta creando sempre di più un *diritto penale differenziato per le violazioni dei diritti umani*, ovvero, un diritto penale che segue binari differenti rispetto a quelli del diritto penale normale e che si caratterizza per la restrizione dei diritti dell'autore o imputato e, parallelamente, per l'estensione dei diritti della vittima".

### CAPITOLO III

A questo punto dell'indagine, occorre porsi il problema dell'imprescrittibilità dei reati. Storicamente, come visto in precedenza, l'imprescrittibilità è passata da essere la regola generale fino ad oggi dove si deve distinguere: nel diritto interno è una eccezione (quando c'è questa eccezione). Nel diritto internazionale, invece, è la regola.

Non risulta del tutto chiaro se l'eccezione, sia interna che esterna si possa ricondurre sempre alla gravità dei reati, come spesso si afferma in dottrina. Che l'omicidio aggravato sia il reato più grave di quanti prevede un diritto penale è difficile stabilirlo con assoluta sicurezza; da altro canto ci sono reati nel diritto penale internazionale che sono certamente gravi, ma difficilmente paragonabili ad altri e comunque tutti ricevono lo stesso trattamento in quanto alla prescittibilità. Inoltre, molte recenti proposte dottrinali e disposizioni legislative propendono all'imprescrittibilità di reati che difficilmente sono paragonabili all'omicidio, come i reati di violenza sessuale contro minorenni o la criminalità economica.

Quello che appare invece è che in molti casi, l'imprescrittibilità non è una conseguenza di valori intrinseci dell'ordinamento, bensì una questione di ordine pratico che si desume della difficoltà che certa criminalità presenta alle autorità responsabili della sua persecuzione<sup>101</sup>. Questo aspetto sarà trattato nel prossimo capitolo. Quello che mi interessa chiarire a questo punto è che l'imprescrittibilità non rappresenta un principio ovvero un dogma. La prova palese di questa asserzione è l'esistenza di ordinamenti dove, al meno per il diritto penale interno, l'imprescrittibilità non esiste.

Se invece si vuol fare un richiamo ai principi generali ci troviamo su una strada molto diversa. Il richiamo all'imprescrittibilità così costruito si collega più all'idea che certi reati per la loro efferatezza *non si devono prescrivere*. Ma in questo modo l'offensività diventa

---

<sup>101</sup> Questo è, in realtà, il vero problema della prescrizione. Se si osserva, ad esempio, lo sviluppo della discussione politica, dottrinale e giurisprudenziale della Germania post II guerra mondiale, la consapevolezza delle ricadute pratiche del tempo nel diritto risulta evidente; altrimenti non si capisce perché l'insistenza di trovare soluzioni di compromesso, come l'allungamento dei termini, la sospensione *ex post*, ecc., fino alla dichiarazione di imprescrittibilità dell'omicidio aggravato. Certamente si trattava tutt'altro che di un problema artificiale: nonostante le migliori intenzioni, era fattualmente impossibile indagare e sottoporre a processo tutti i casi di criminalità grave commessi tra il 1933 e 1945 in un termine ragionevole. Su questa lunga vicenda si rimanda ai lavori di A. SAMBALE, *op., cit., passim* e G. VASSALLI, *op., cit., passim*.

solo un fattore di cui si deve tener conto ma non il criterio decisivo<sup>102</sup> che è, invece, un richiamo all'idea di giustizia materiale assoluta. Cercando di tradurre quanto detto in precedenza, la imprescrittibilità, soprattutto in sede di diritto penale internazionale, si giustifica più per una idea che lasciare impuniti questi reati sarebbe un attentato all'umanità nel suo insieme.

Il problema diventa ancora più complesso se si oppone il valore dell'umanità alla *ratio* dell'imprescrittibilità. Un esempio per tutti: in una autorevole opera recente sulla prescrizione si afferma che, appunto, l'umanità o la dignità umana respingono l'idea di imprescrittibilità dei reati, anche di quelli più efferati; questo sul campo del diritto interno; invece quando si passa al diritto internazionale, l'umanità perde centralità e la non prescrivibilità dei reati diventa funzionale al diverso scopo della giustizia transnazionale<sup>103</sup>; cioè, una giustizia di tipo assoluto<sup>104</sup>.

Qui le strade si chiudono e il discorso diventa "cieco". Da un lato l'umanità e l'esigenza di una risposta se non pronta, per lo meno pertinente temporalmente; dall'altro la realizzazione di una giustizia che scavalca l'umanità dell'autore del reato. La differenza sarebbe giustificabile da una diversa impronta, scopi e storia di uno e dell'altro e quindi, occorrerebbe, prima di trovare una soluzione, valutare, anche criticamente, questa diversità, obbiettivo che esula di questo lavoro. In ogni modo ci sembra attendibile lo sforzo di chi,

<sup>102</sup> Sulle difficoltà che si trovano al momento di definire il crimine contro l'umanità E. MALARINO, *op., cit.*, p. 79; riguardo ai problema di definizione del genocidio, si veda J.P. MAÑALICH, *op., cit.*, p. 32 e ss.

<sup>103</sup> Si veda in proposito F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *op., cit.*, p. 47: "“vuoi perché una pena imprescrittibile lascerebbe il reo che attende l'espiazione in una condizione ‘contraria al senso di umanità’: uno stato di precarietà perpetua, di semi-vita dagli effetti tanto più alienanti, quanto più elevato è l'eventuale debito punitivo da estinguere. Vuoi perché l'imprescrittibilità mal si concilia con la finalità rieducativa della pena, nella misura in cui si riconosca ad un tale principio una incidenza sulle astratte tipologie punitive, oltreché sulla pena in concreto” e p. 50: “invece, l'imprescrittibilità non solo pare giustificata, ma rappresenta la logica conseguenza della diversa funzione assoluta in questo contesto dalla pena, che trova la propria spiegazione nella sostanziale estraneità di tali crimini rispetto al raggio d'intervento del diritto penale funzionalmente orientato alla conservazione e al rafforzamento sociale della norma. Nel caso dei crimini contro l'umanità, infatti, l'intervento punitivo, lungi dal perseguire un effetto di reintegrazione, si presta ad assecondare un'istanza retributiva di stampo classico, rendendosi interprete di una giustizia universalmente riconosciuta”.

<sup>104</sup> Cfr. G. FORNASARI, *op., cit.*, p. 182. Qui comunque il limite tra diritto penale e giudizio della storia è troppo leggero, come attestano le parole di F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *op., cit.*, p. 51: "l'irrelevanza estintiva del tempo, il cui scorrere non può certo far dimenticare proprio coloro che hanno tragicamente segnato il corso della storia".

### CAPITOLO III

tentando una conciliazione tra queste due opposte strade, ha cercato di trovare nei principi generali del diritto una risposta che mantenga l'idea di prescrittibilità di tutti i reati, questione che sarà comunque trattata nel capitolo successivo.

Da altro canto, l'umanità come fondamento della prescrittibilità ci mette nella scomoda posizione di ritenere che gli autori di reati imprescrittibili diventano una sorta di eccezionalità difficile di giustificare. Sarebbe possibile dire che questi autori al non meritare garanzia esigibile e desumibili di un principio cardine dell'ordinamento – cioè, l'umanità- sono *diversi* dagli altri? E allora questa diversità cosa significa? Un nuovo tipo di *nemico*<sup>105</sup>?

---

<sup>105</sup> È la domanda che si pone E. MALARINO, *op. cit.*, p. 95: “Secondo diversi tribunali argentini, inclusa la CSGN, e secondo la Corte IDU, *la protezione penale dei diritti umani conta più che la protezione dei diritti umani dal diritto penale*. E questa è una conclusione di cui chiunque realmente creda nelle virtù dello Stato di diritto non può che lamentarsi”; il paradosso di un diritto penale a più binari è costituito dal fatto che il radio di funzionamento di uno o dell'altro non sembra per nulla chiaro. Quindi il pericolo di una “contaminazione” del diritto penale internazionale, con principi e scopi diversi e il diritto penale nazionale è diventata una realtà come, per quanto riguarda alla prescrizione, è stata dimostrata in questo capitolo. Ma il problema riguarda in realtà la giustificazione di un regime eccezionale, non solo per il diritto penale internazionale. Come noto, da un lato Jakobs solo avrebbe scoperto (ma in realtà non ha fatto solo questo) una categoria ormai conosciuta ed utilizzata da tutti gli ordinamenti penali; dall'altro è anche vero che è molto incerto che il diritto penale c.d. “normale” sia stato veramente in qualche momento della storia quel diritto penale prospettato dai giuristi dell'illuminismo in poi. Dalla nutrita letteratura al riguardo, si veda per tutti M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 97 e ss.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO

- AMBROSETTI E.M., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004.
- AMELOTTI, M., Voce *Prescrizione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 36-46.
- ANTONIONI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990.
- ARDIZZONE S., *Disciplina intertemporale della prescrizione dei reati e garanzie costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 3, luglio-settembre 2006, pp. 863-897.
- ARENDT H., *L'origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2009.
- ARNOLD J., *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de derecho*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 1999, pp. 307-340.
- BALMACEDA G., *La prescripción en el Derecho penal chileno*, in H. CORRAL (a cura di), *Prescripción extintiva*, Santiago, 2011
- BARAZZETTA A., *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di) *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, pp. 159-191.
- BLOY R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlino, 1976.
- BÖCKENFÖRDE E-W., *Zur verfassungrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes*, in *ZStW*, 91. Band, 1979, pp. 888-901.
- BÖCKENFORDE E., *Zur verfassungrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes* in *ZStW*, n° 91, 1979, pp. 888-901.
- CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, M. MAZZACUVA, M. PAVARINI e M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, vol. 1, 3° edizione, Torino, 2006, pp. 174-213.
- CALISSE C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in E. PESSINA, ( a cura di) *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1906.

### CAPITOLO III

- CASONATO C., *Introduzione al Biodiritto*, 2° edizione, Torino, 2009.
- CATTANEO M., *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1990.
- COSTA F., *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, 1924.
- COSTA P., *Pagina introduttiva: il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007 pp. 1-39.
- CUSMANO E., Voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 13, Roma, 1988, pp. 1-13.
- DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L., *El principio de humanidad en Derecho penal*, in *Eguzkilore*, n° 23, 2009, pp. 209-225.
- DELMAS-MARTY M., *Umanità, specie umana e diritto penale*, in *RIDPP*, 2012, fasc. 3, pp. 741-752.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.
- DONINI M., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It*, 1998, V, pp. 317-336.
- DONINI, M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- ENGISCH K., *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.
- ESER A., e BURKHARDT B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. di S. BACIGALUPO, e M. CANCIO MELIÀ, Madrid, 1995.
- FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*. 5° edizione. Bologna, 2007.
- FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013.
- GARCÍA PÉREZ O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 2007.
- GIMBERNAT E., *La prolongación del plazo de prescripción para el asesinato en la República Federal de Alemania* in *ADPCP*, vol 18, Fasc/Mes. 1, 1965, pp. 216-222.
- GIOSTRA, G., *La prescrizione: aspetti processuali* in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 79-91.

- GIUNTA F, e MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003.
- GROßFELD, B., *Zeit im Recht*, in *JS*, 2, 1991, pp. 17-36.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *Crímenes internacionales y prescripción* in *Temas actuales del Derecho penal internacional*, Montevideo, 2005, pp. 103-115.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487.
- HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Monaco, 1990.
- HENKEL H., *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo*, trad. J.L. Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 2008.
- HONG Y., *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Francoforte, 2005.
- HUSSERL, G., *Recht und Zeit*, Francoforte, 1955.
- JAKOBS G., *Derecho penal, Parte general*, trad. J. CUELLO CONTRERAS, e J.L. SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, 2a edizione, Madrid, 1997
- JESCHEK H-H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. II, Trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1978.
- KANT I., *Critica della ragion pura*, Roma, 2010.
- KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, trad. L. VILLAR BORDA e A. MONTOYA, Bogotá, 1999.
- LIPARI M., *Considerazioni sull'utilità e il danno dell'idea di umanità (parte prima)*, in *Politica del diritto*, n° 4, 2012, pp. 603-642.
- LIPPOLIS L., *Dai diritti dell'uomo ai diritti dell'umanità*, Milano, 2002.
- LOENING R., *Die Verjährung*, in K. BIRKMAYER (a cura di), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, vol. 1, Berlino, 1908, pp. 379-471
- LÓPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, Milano, 1968.
- LORÉ E., *Aspektes des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Francoforte, 1996, p. 134
- LORENZ M., *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934.

### CAPITOLO III

- LUCAS VERDÚ P., *Humanidad y derechos humanos*, in *Anuario de Derechos humanos*, n° 1, 2000, pp. 129-154.
- MALARINO, E., *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón*, in G. FORNASARI, ed E. FRONZA, (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento, 2009, pp. 31-98.
- MAÑALICH J.P., *Terror, pena y amnistía*, Santiago, 2010.
- MANTOVANI F., *Diritto penale della libertà*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008.
- MANTOVANI F., *Principi fondamentali del diritto penale della libertà*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, pp. 390-401.
- MANTOVANI M., *La prescrizione della pena*, Torino, 2008.
- MARINUCCI G. e DOLCINI, E., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 4ª edizione. Milano, 2012.
- MATUCCI G., *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Milano, 2009.
- MATURANA R., *Die Natur der Zeit*, in A. GIMMLE, M. SANDBOTHE e W. ZIMMERLI, (a cura di), *Die Wiederentdeckung der Zeit*, Darmstadt, 1997, pp. 114-125.
- MAURACH R., GÖSSEL K.H., e ZIPF H., *Derecho penal. Parte general*, trad. di J. BÖFFIL GENZCH, vol. II, Buenos Aires, 1995.
- MAYER M.E., *Derecho penal. Parte general*, trad. S. POLITOFF, Buenos Aires, 2007.
- MITSCH W., §§78 ff., in W. JOECKS e K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª edizione, Monaco, 2012., pp. 1453-1488.
- MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig., it.*, 1966, pp. 679-707.
- NACAR B., *I termini e la ragionevole durata del proceso penale*, Torino, 2012.
- NAUCKE W., *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Francoforte, 1996.
- NAUCKE W., *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 1999, pp. 531-549.
- OLIVER G., *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, 2007.



- PALAZZO F., *Corso di diritto penale parte generale*, Torino, 2008.
- PANAGIA S., Voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, pp 659-670.
- PARENTI P., *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino, 2011 Berlino, 2011, pp. 211-228.
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.
- PEDREIDA GONZÁLEZ F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004.
- PÉREZ LUÑO A., *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, in *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 15, 2000, pp. 25-38.
- PIETROBON V., Voce *Affidamento*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, pp. 1-6.
- PISA P., Voce *Prescrizione (diritto penale)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 78-98.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, 4ª edizione. Torino, 2011.
- PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale* in *RIDPP*, I, 2005, pp. 507-533.
- RAGUÉS Y VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004.
- RECASENS SICHES L., *Filosofía del Derecho*, México, 1961.
- ROMANO M., GRASSO G. e PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, 2a edizione, Milano, 2011.
- ROMANO, M., “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *RIDPP*, I, 1992, pp. 39-53.
- RÜPING H., *Nationalsozialismus und Strafrecht*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, pp. 1007-1030.
- SAFFERLING C., *Internationales Strafrecht*, Heidelberg, 2011.
- SALIGER F., “§78 ff.”, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.U. PAEFFGEN, (a cura di) *NomosKommentar StGB*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2010.

### CAPITOLO III

- SANTORO A., *Estinzione del reato e della pena*, in *Novissimo dig. it.*, vol VI, Torino, 1960, pp. 991-996.
- SATTA F., Voce *Irretroattività degli atti normativi* in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, pp. 1-7.
- SBRICCOLI M., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edizione, Buenos Aires, 2010.
- SILVANI S., *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009.
- STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena* in *Dig. discp. pen.*, pp. 342-359.
- THOMAS J.A.C., *La prescripción de los delitos en el Derecho romano*, in *Revista de Derecho UNED*, n° 2, 2007, pp. 493-505.
- TIGANO V., *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca* in *RIDPP*, fasc. 4, 2010, pp. 1747-1786.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012.
- VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001.
- VIGANÒ F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* in *Giur. cost.* 2010, 4, pp. 3017-3030.
- VIGANÒ, *Riflessioni di lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo* in *Diritto penale contemporaneo* (sito web), p. 4, dicembre 2012, disponibile in [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni\\_de\\_lege\\_lata\\_e\\_ferenda\\_\\_su\\_prescrizione\\_e\\_tutela\\_della\\_ragionevole\\_durata\\_\\_del\\_processo/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni_de_lege_lata_e_ferenda__su_prescrizione_e_tutela_della_ragionevole_durata__del_processo/).
- VOLTERRA E., *En torno a la prescripción del delito en Derecho romano*, in *Revista de Derecho UNED*, n° 2, 2007, pp. 477-491.
- WINKLER G., *Zeit und Recht*, Viena, 1995.
- ZAFFARONI E., *Humanitas en el derecho penal*, in *Cahiers de defense sociale*, 2011-2012, pp. 7-24.
- ZILLI M, GIRAO MONTECONRADO F., e ROCHA DE ASSIS MOURA, M., *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de direitos humanos*, in

FONDAMENTO E NATURA DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO

*Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino, 2011, pp. 403-433.

## CAPITOLO III

## CAPITOLO IV

### LA PRESCRIZIONE DEL REATO E IL SUO RAPPORTO CON IL PROCESSO; SOSPENSIONE ED INTERRUZIONE ALLA LUCE DELLE MODERNE SFIDE POLITICO CRIMINALI

#### 1. *Introduzione*

Fino al capitolo precedente abbiamo analizzato la prescrizione come definita nella seconda parte di questo lavoro, cioè come *decorso temporale*<sup>1</sup>. Adesso dobbiamo occuparci degli altri due elementi definiti come essenziali della prescrizione, cioè, l'arresto del tempo e la perdita del tempo che, insieme, costituiscono il fenomeno dell'estinzione del reato per prescrizione.

La prima difficoltà, a livello comparato, si trova nel fatto che mentre l'elemento *decorso temporale*, appare regolamentato in termini abbastanza simili tra i tre ordinamenti che fanno parte di questo lavoro – cioè l'Italia, la Germania e il Cile- i fenomeni della sospensione e dell'interruzione, invece, conoscono una importante differenza; mentre i due ordinamenti europei prevedono meccanismi che rientrano, in linea di massima, nei tradizionali motivi che giustificano quest'istituti, nel confronto il Cile si allontana della tradizione prevedendo un sistema anomalo, anche con riguardo alla sua fonte originale, cioè, il codice spagnolo.

La seconda difficoltà che presenta lo studio dell'interruzione e della sospensione consiste nella mancanza di principi solidi per giustificare suoi effetti, questione che in parte spiega la diversità accennata. Il motivo di questa mancanza si può rintracciare fino alle origini civilistiche della prescrizione penale e in una debole riflessione in ambito penalistico che, prendendo gli stessi argomenti del diritto privato difficilmente ha fatto di tutto per trovare

---

<sup>1</sup> Si veda cap. II, paragrafo 1.1.1.

#### CAPITOLO IV

una motivazione propria del e nel diritto punitivo. Così si spiega, ad esempio, come l'interruzione – quando si verifica per attività del processo- si giustifica facendo leva ad un “rinnovo dell’interesse dello Stato alla persecuzione del reato”, un fondamento che, in realtà è del diritto civile romano, ripreso dopo dai glossatori e pratici che però riesce con molte difficoltà ad essere coerente con gli scopi e principi del diritto penale moderno.

La terza difficoltà per questo studio risiede nel fatto che, anche se fanno parte della prescrizione, la sospensione e l'interruzione, perché in grado di modificare la durata dei termini, presentano indubbiamente anche delle finalità di politica di persecuzione penale che non possono non essere accolte dal legislatore con lo scopo di collaborare con una efficace amministrazione della giustizia<sup>2</sup>. Ma, bisogna ribadirlo, questo non pregiudica la loro natura di diritto sostanziale, insieme all'elemento *decorso temporale*; il motivo di questa affermazione si può capire facilmente. Se dissociassimo la natura dei tre elementi della prescrizione – e quindi, si procede ad affermare la natura processuale della sospensione e dell'interruzione con la già conosciuta conseguenza della sua retroattività- allora la natura sostanziale della prescrizione (cioè, dell'elemento *decorso temporale*) finirebbe per essere totalmente vanificata. Occorrerebbe semplicemente modificare *in peius* il regime della sospensione, ad esempio, per far trasformare un reato prescrivibile in uno imprescrivibile; l'effetto è più evidente con l'interruzione, come si era accorto magistralmente il Carrara.

Quest'ultimo problema è, per la verità, al centro dell'attuale dibattito sulla prescrizione. Le esigenze di politica criminale premono fortemente verso la punizione di certe categorie di reato che modernamente colpiscono di più la sensibilità sociale (reati economici, inquinamento ambientale, violenza sessuale contro minorenni, corruzione pubblica) e il mero decorso del tempo come causa dell'impunità appare ingiustificata, persino come un beneficio classista per certi delinquenti; bisogna riconoscere che, per certi versi, la

---

<sup>2</sup> Si veda in proposito P. BARTOLO, Voce *Prescrizione del reato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988., p. 8.

prescrizione si presenta come un ottimo *escamotage* della giustizia punitiva<sup>3</sup>, specie quando si tratta di reati di una certa complessità o nei casi in cui l'imputato è provvisto di una difesa che riesce a *giocare* con i tempi della giustizia, compresi i tempi della prescrizione. Quindi, se restiamo fermi – e a mio avviso dobbiamo farlo – sul fatto che i termini di prescrizione si devono determinare a seconda della gravità dei reati tramite la pena edittale, allora: o si modificano le pene per questi reati, diventando da gravità medio-bassa a medio-alta<sup>4</sup> o si introduce un sistema di arresto o perdita del tempo coerente con le caratteristiche di questa criminalità<sup>5</sup>.

Ma, come l'esperienza italiana dimostra, dirlo è un conto; farlo diventa assai problematico. La legge ex Cirielli, al di là dei fondati sospetti riguardo la sua origine, cercava, appunto, di risolvere i problemi della giustizia penale italiana tramite un cambiamento delle regole della prescrizione, dove l'interruzione gioca un ruolo importante. Ma è ormai noto come questa finalità non è stata raggiunta o al meno non al livello che suoi autori prospettavano. Manca ancora una riforma italiana della prescrizione che sia in grado di risolvere questi problemi.

## 2. *Le difficoltà di trovare un fondamento della sospensione e dell'interruzione*

L'origine civilistica della prescrizione è una questione ormai dimostrata e non pretendo soffermarmi su quello. Per la verità un accertamento di questo genere non risulta di *per se* negativo; il diritto penale è stato a lungo diritto civile e molti istituti penalistici riflettono ancora oggi quella genesi senza che per questo motivo si possano valutare come

---

<sup>3</sup> *ivi*, p. 1; F. VIGANÒ, *Riflessioni di lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo* in *Diritto penale contemporaneo* (sito web), p. 4, dicembre 2012, disponibile in [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni\\_de\\_lege\\_lata\\_e\\_ferenda\\_su\\_prescrizione\\_e\\_tutela\\_della\\_ragionevole\\_durata\\_del\\_processo/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni_de_lege_lata_e_ferenda_su_prescrizione_e_tutela_della_ragionevole_durata_del_processo/).

<sup>4</sup> Di recente si può segnare la proposta di A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"*, *RIDPP*, vol. 56, 2013, pp. 1292-1299 che propone l'adozione in Italia di un sistema simile a quello del codice penale spagnolo e, per certi versi, simile al sistema cileno.

<sup>5</sup> In estenso sulle diverse proposte di riforma della prescrizione nel ultimo ventennio, F. TOMASELLO, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, dicembre 2013, pp. 1-49, pp. 1 e ss.

## CAPITOLO IV

problematiche. Ma il discorso della prescrizione presenta certe peculiarità che incidono finalmente in un disegno che considera scarsamente le finalità, scopi e caratteristiche del diritto penale e che permette poi modifiche legislative che non di rado finiscono per distruggere o per lo meno ostacolare fortemente il funzionamento della stessa prescrizione del reato senza per questo migliorare l'amministrazione della giustizia penale o senza necessariamente compiere le finalità a cui erano indirizzate queste riforme.

Nei prossimi due paragrafi cercherò di esporre il modo in cui il fondamento della prescrizione e le finalità della sospensione e della interruzione possono armonizzarsi, soprattutto tenendo conto delle sfide moderne e le proposte di modifiche all'intero meccanismo del decorso temporale.

### *3. Il principio di umanità come fondamento della prescrizione e il fondamento della sospensione della prescrizione.*

Come ho accennato nel capitolo precedente, il principio di umanità esige che la risposta punitiva dello stato arrivi entro una certa soglia temporale con l'obiettivo di non lasciare il cittadino reperibile dallo stato eternamente. Il principio governa quindi *anche* la sospensione del reato poiché queste tipo di norme fanno parte dell'istituto<sup>6</sup>. Ma il principio si deve, in questo caso, bilanciare con altri che riguardano la legittima pretesa punitiva dello stato in ordine alla punizione dei reati.

Di solito si afferma che la prescrizione è un traguardo a cui, con un buon sistema di giustizia, non si dovrebbe mai arrivare; se il diritto penale ha come obiettivo la tutela dei beni giuridici più importanti dagli attacchi più efferati, la punizione diventerebbe se non un dovere una importante finalità dello Stato. Anche il disegno della prescrizione è parzialmente indirizzato a questa finalità, nel senso di fornire un tempo da un lato ragionevole dal punto di vista del principio di umanità, dall'altro coerente con la gravità del reato. Ma quello che il termine, da solo, non consente o non necessariamente consente è un

---

<sup>6</sup> Contro questa posizione, ritenendo che la sospensione ha un fondamento interamente processuale (ma non la prescrizione, cioè, il decorso temporale, che sarebbe sempre diritto sostanziale) M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It*, 1998, V, pp. 317-336p. 327.



tempo sufficiente per svolgere l'attività di indagine ed arrivare al traguardo "ideale" di una giustizia penale "sana", cioè, la decisione sulla responsabilità dell'autore o presunto autore del reato.

Infatti, i termini della prescrizione non possono recepire le esigenze del processo per il semplice motivo che quei termini non possono valutarsi *ex ante*, in astratto<sup>7</sup>, bensì caso per caso; se da un lato siamo d'accordo che l'omicidio è un reato gravissimo (e quindi deve essere punito con una sanzione alta, di lunga durata temporale e, conseguentemente si prescriverà in un lungo termine o, per certi ordinamenti, sarà imprescrittibile) non si potrebbe mai dire che tutti i casi di omicidio richiedano un tempo molto lungo per l'indagine e per il processo.

È in questo scenario dove si inseriscono la sospensione e l'interruzione; il fatto che certe vicende non collegate necessariamente alla gravità dei reati sono in grado di alterare il computo del termine, si prestano benissimo a collaborare con l'amministrazione della giustizia; ma, se non si tiene conto da un lato che comunque godono di una natura sostanziale e, dall'altro che non sempre sono lo strumento ideale per raggiungere il traguardo del processo penale – cioè, in linea di massima, la decisione- il loro utilizzo esagerato, oltre ad essere inutile, potrebbe vanificare la *ratio* di garanzia che porta con sé la prescrizione, divenendo il compromesso che lo Stato ha dichiarato riguardo a non esercitare l'azione penale oltre un certo termine una promessa vuota.

Per quanto riguarda la sospensione, nel secondo capitolo abbiamo visto come questa presenta nei vari ordinamenti studiati una diversità che rende difficile la ricerca di un fondamento *comune*. Dall'analisi fatta, possiamo concludere che ci sono almeno due sistemi di sospensione del decorso della prescrizione.

Il primo, più antico e maggioritario considera che ogni volta che il processo si ferma per motivi che non possono essere imputati agli organi della persecuzione penale, la

---

<sup>7</sup> In un senso simile, F. VIGANÒ, *op., cit.*, p. 19.

## CAPITOLO IV

prescrizione deve sospendersi, fino alla rimozione di quell'ostacolo o la continuazione del processo (Italia, Germania).

Il secondo invece considera che ogni volta che il processo arriva ad un certo momento in cui gli organi dell'accusa comunicano ad un soggetto il fatto di svolgere attualmente un processo contro di lui, il termine della prescrizione deve sospendersi (Cile).

Nel primo sistema il processo, *per se* non ha il potere di fermare il decorso della prescrizione; nel secondo invece il processo è *per se stesso* circostanza che giustifica la paralizzazione del termine.

Le differenze sono notevoli perché rispondono a principi assai diversi. Nel primo la sospensione (e anche, come si vedrà più avanti con riguardo all'interruzione) si ricollegano all'idea che l'istituto è quasi una sanzione contro la negligenza del Pubblico Ministero e, dall'altro, che un termine che prevede la scadenza di un diritto non può decorrere se ci sono ostacoli non imputabili a chi sostiene la pretesa (cioè, il c.d. principio *contra non valentem agere*) che, alla fine, è una conseguenza della prima idea. Nel secondo invece, si argomenta che mentre un processo, e quindi l'eventuale responsabilità di un soggetto, ancora deve decidersi non ha senso che il termine prosegua il suo decorso e deve, così, sospendersi.

Il primo argomento, come ormai è noto, corrisponde all'eredità civilistica della prescrizione. Il principio *contra non valentem agere* che in materia di diritto privato esige una distinzione tra impedimenti di fatto ed impedimenti legali, in diritto penale, per l'onere del principio di legalità, si comprime solo nei casi di impedimenti legali; rispecchiano chiaramente questo principio le circostanze dell'articolo 159 comma 1, n° 1, n° 3 Cp italiano. Altrettanto fa il codice tedesco: le cause che si riconoscono più facilmente come cause di sospensione sono quelle dell'art. 78b, comma I n. 1 e 2, II e IV. In tutti questi casi impedimenti legali ostacolano in qualche modo l'inizio o lo svolgimento del processo e non sono imputabili alla pubblica accusa.

## LA PRESCRIZIONE DEL REATO E IL SUO RAPPORTO CON IL PROCESSO

La conseguenza di questa scelta è che il processo non incide necessariamente sulla decorrenza del termine; cioè, la prescrizione continua normalmente anche con un processo avviato; è vero che questa conclusione è parziale perché non tiene conto dell'interruzione, ma come principio risulta interessante; garantisce di più la possibilità, sempre presente, che l'imputato sia innocente. Meno condivisibile sembra la scelta del legislatore cileno; infatti non risulta chiaro *perché* sarebbe assurdo che la prescrizione continuasse il suo decorso solo per il fatto che c'è un processo perché non tiene conto che il soggetto potrebbe essere non colpevole<sup>8</sup>. Ma, se si guarda la sua origine, diventa una scelta molto più garantistica dalla sua fonte, cioè il codice penale spagnolo del 1870 che – come fa in linea di massima ancora oggi- riserva a questa circostanza l'effetto interruttivo.

Nondimeno, la scelta degli ordinamenti italiano e tedesco necessita anche di un certo ripensamento se si confronta con il principio di umanità.

Innanzitutto, la *finalità* della sospensione pare abbastanza chiara: dare più tempo agli organi dell'accusa per svolgere l'indagine ed arrivare al termine fisiologico di un processo, cioè, la decisione sulla responsabilità penale di un soggetto. Mentre i termini di prescrizione sono fissi perché indirizzati a dare certezza giuridica – come descritto nel capitolo precedente- la sospensione dovrebbe giocare il suo ruolo nel processo reale, da una duplice prospettiva: la tradizionale, cioè quando lo stesso processo si sospende e altre, quando il processo non può nascere.

Ma, prima di andare avanti, bisogna ricordare una caratteristica della prescrizione che forse ci può essere di utilità per meglio capire l'istituto della sospensione: il decorso della prescrizione conta come tempo *oggettivo*, cioè, come tempo che decorre naturalisticamente, senza che ci sia il bisogno che qualcuno sappia che è iniziato o che è finito; questo tempo è sempre utile perché non ha che vedere né con la memoria, né con i bisogni della comunità: anzi, l'imputato potrebbe non sapere che il suo reato si è prescritto, la pubblica accusa

---

<sup>8</sup> tuttavia, come vedremo più avanti, molte proposte di riforma della prescrizione del reato in Italia ritengono, appunto, che un processo dovrebbe, appunto, far finire il decorso temporale.

#### CAPITOLO IV

potrebbe non sapere della commissione di un reato e questo tempo continua il suo decorso senza fermarsi. Solo l'idea di tutela dell'umanità può dare una risposta soddisfacente del perché il tempo continua il decorso iniziatosi dal momento della commissione del reato e non in un momento diverso, ad esempio, quando il reato è stato scoperto.

Ma, come accennato un po' prima, la sospensione è uno dei due istituti in cui diritto sostanziale-diritto processuale si intrecciano. Quindi l'umanità, principio rettore comunque della prescrizione del reato, deve dare spazio ad altri bisogni e finalità, come quella che ci pare evidente della sospensione: fornire più tempo. È qui che si dovrebbe tener conto a) delle *peculiarità di ogni sistema processuale*, da un lato, e b) delle caratteristiche di *certa criminalità* dall'altro.

Per quanto riguarda il primo gruppo di circostanze, se il tempo continua il suo decorso durante il processo, allora *se il processo si ferma per qualsiasi motivo non imputabile alla pubblica accusa*, il termine di prescrizione, ragionevolmente, dovrebbe sospendersi; ma, per valutare la pertinenza di questa risposta, occorre innanzitutto analizzare la compatibilità del principio *contra non valentem agere* in diritto penale.

Come visto nel secondo capitolo, questo principio, di origine romana, fu originariamente respinto nella Germania, al indomani della approvazione del Codice del *Reich* e anche la dottrina francese dimostrava una ferma disapprovazione. Ma sembra che questa diffidenza all'utilizzo del brocardo si debba più al fatto della sua ammissione come *regola non scritta* e la conseguente insicurezza della sua applicazione e non sia tanto un rifiuto assoluto. Infatti, da una prospettiva ampia, il fatto che la decisione di un processo dipendesse dalla decisione di un altro processo appare come un ostacolo che, non essendo imputabile alla pubblica accusa può essere ricondotto al principio in esame.

Cioè, in realtà non è criticabile l'ammissione del brocardo quanto che sia un principio desumibile dall'ordinamento e che, allora, potesse funzionare come porta aperta per riconoscere altre cause di sospensione diverse da quelle enunciate espressamente dal

codice. Si tratta, come si può capire perfettamente, di una ipotesi non attendibile se si tiene conto che la prescrizione è sottoposta al principio di legalità e, consequenzialmente al divieto di analogia.

Infatti il principio *contra non valentem* si adatta assai bene ai sistemi di procedura penale che presentano come caratteristica l'obbligo, il dovere di svolgere l'azione penale; se l'organo deputato alla persecuzione e accusa vede impedito il suo procedere per motivi di legge che sospendono il percorso normale verso la sentenza, allora il tempo della prescrizione – che pende anche sopra di lui, come sostenitore di una pretesa legittima- deve fermarsi.

Invece, l'idea per cui la prescrizione debba sospendersi ogni volta che il processo si rivolge contro l'imputato non risponde a questo principio; infatti, se abbiamo conto dell'origine storica di questa causa di sospensione non è per nulla stupefacente il fatto che ci siano delle difficoltà per trovare un fondamento razionale, dato che questa causa, in origine, non era una causa di sospensione, bensì di interruzione; infatti, se si guardano bene le cause di interruzione ci rendiamo conto come l'idea sottostante alla perdita del decorso temporale e la nascita di un nuovo termine è coerente con l'argomento della “rinascita dell'interesse dello Stato in ordine alla punizione del reato” che, come visto in precedenza, è il fondamento principale della *perdita del tempo*.

Che un processo possa sospendere una prescrizione non tiene conto della possibilità dell'innocenza dell'imputato *sottoposto e sottomesso* al processo e se non sono previsti limiti temporali *endoprocedimentali* la possibilità di vanificare il fondamento stesso della prescrizione, cioè, il rispetto per l'umanità, aumenta.

Infatti, per questo motivo il Cp cileno e poi il Cpp (2000) si sono provveduti di norme che, modernamente, possiamo ritenere come indirizzate alla ragionevole durata del processo. Così l'art. 96 con riferimento alla sospensione indica che se si paralizza il processo per tre anni o finisce senza condanna, la prescrizione continua il suo decorso come se non fosse

## CAPITOLO IV

stata mai sospesa; il codice di procedura, intanto, al di là di indicare che dal momento della c.d. formalizzazione del processo inizia il decorso della prescrizione, all'art 247 prevede una durata massima dell'indagine non oltre due anni.

Con riguardo al secondo fattore di cui dovremmo tener conto per il disegno di un sistema di sospensione, si tratta dell'esistenza di certa criminalità che presenta delle caratteristiche che rendono difficile la loro trascendenza all'esterno e quindi la stessa possibilità di svolgere l'azione penale e la pretesa dello Stato in ordine alla punizione dei reati. Reati contro l'ambiente, di natura economica e certi tipi di violenza sessuale, quando sono vittime persone di minore età, sono stati il bersaglio di riforme o proposte di riforme che hanno cercato di aumentare il termine di prescrizione, modificare la data del *dies a quo* e altre misure che sono esempi di questo fenomeno di politica criminale recente.

Il problema di costruire un sistema eccezionale di *dies a quo* o di sospensione adatto a tipi di criminalità *complessa* risiede nel fatto che queste peculiarità (occultamento del reato, complessità dell'indagine) non si presentano sempre e in tutti i casi; un reato di natura economica come una grande frode fiscale, l'inquinamento di un fiume, lo stupro di una ragazzina di otto anni *potrebbero presentare delle caratteristiche enunciate in precedenza* ma è perfettamente possibile che non sia affatto così; ad esempio, in qualsiasi degli esempi si potrebbe verificare un caso di flagranza o la prova del reato non presentare delle difficoltà particolare. Cioè, non si tratta di un elemento della struttura della fattispecie, bensì una difficoltà solo potenziale che, di conseguenza, non può valutarsi al momento di decidere una volta per tutti il regime di prescrizione di questi reati.

### *3.1. Il rapporto tra processo e diritto penale sostanziale nella configurazione della sospensione*

In primo luogo, si deve riconoscere che riforme al processo e riforme alla prescrizione di solito non vengono affrontate insieme e in un discorso coerente; ambedue gli istituti, magari per la storica separazione dogmatica delle due discipline o semplicemente per la

inconsapevolezza del legislatore al momento di modificare il processo, restano isolati e con una insufficiente comunicazione reciproca. L'Italia e il Cile costituiscono esempi di questa dicotomia.

Il caso italiano, ormai analizzato, rappresenta forse il caso più estremo di questa dualità. Come già accennato, le riforme inflitte alla prescrizione praticamente non hanno considerato né il modo in cui questo istituto si svolge nella *praxis* né i fenomeni intimamente collegati ad essa. La modifica dei termini, vincolati non più con fasce di penalità come nel codice del 1930, bensì alla pena edittale non è stato capace di far conto con la realtà della lentezza *patologica* del processo italiano, sfociando in un sistema ferito profondamente di inefficienza (se per efficienza si capisce l'arrivo del processo allo stato di sentenza passata in giudicato, sia questa di condanna ovvero di assoluzione). In ogni modo, studi statistici recenti rivelano una realtà leggermente diversa: la legge *ex Cirielli*, piuttosto che aumentare le declaratorie di prescrizione ha fatto diminuire questo esito<sup>9</sup>.

Ma, in questo paragrafo vorrei analizzare brevemente le caratteristiche del sistema di processo penale italiano, cileno e tedesco con l'obiettivo di determinare se il loro sistema di sospensione – che si verifica in certi casi in cui il processo si ferma- risulta *coerente* con qualche fondamento e con la configurazione del processo in generale. Questa coerenza sarà valutata tramite una semplice domanda: se il processo penale appesantisce l'organo dell'accusa con qualche onere verso l'esercizio dell'azione penale.

Da questo punto di vista, e in linea di massima, si può affermare che tutti i tre sistemi di processo penale presentano la comune caratteristica di condividere come principio quello della legalità ovvero di obbligo dell'azione penale. Così, ad esempio, il Pubblico Ministero italiano si trova, per mandato degli artt. 50 e ss. del Cpp (e dell'art. 112 Cost.) nell'obbligo di esercitare l'azione penale lì dove non ci siano i presupposti dell'archiviazione o quando non ci sia necessità di querela o dell'autorizzazione, casi in cui l'azione si esercita di

---

<sup>9</sup> Così lo studio di F. TOMASELLO, *op. cit.*, p. 1 e ss.

#### CAPITOLO IV

ufficio<sup>10</sup>; caso simile la Germania in cui sebbene viga il principio di opportunità non rigido, la regola generale è sempre la legalità (cioè, l'obbligo) dell'azione penale (§152 e ss., *StPO*)<sup>11</sup>; in Cile, la legalità è pure principio generale, ma riconosce un sistema di opportunità rigido o regolamentato nell'art. 170 Cpp<sup>12</sup>.

Ma, se questo è vero, vuol dire che la prescrizione funziona, in realtà come una sanzione alla negligenza del Pubblico ministero? Ci sembra che la risposta non può che essere negativa. Da un lato come visto nel secondo capitolo, in tutti i modelli studiati la prescrizione (tranne qualche eccezione che sarà analizzata nel paragrafo successivo) decorre *senza* il processo e nemmeno occorre che l'autorità sia a conoscenza della commissione del reato; quindi difficilmente si potrebbe affermare che la prescrizione funziona come punizione dell'inazione dell'organo responsabile dell'accusa<sup>13</sup>. Si aggiunge a questo il fatto che, come sostenuto precedentemente, la prescrizione si fonda in ragione del rispetto del principio di umanità e quindi, anche se potrebbe nei fatti operare come una sanzione, non si tratta dell'intenzione sottostante alla legge<sup>14</sup>.

Ma, nel caso in cui si insista sul fatto di una presunta punizione all'organo dell'accusa si dovrebbe fare per lo meno una distinzione; sembra attendibile differenziare due situazioni diverse; da un lato un reato prescritto di cui non si conosce la commissione; dall'altro, un reato di cui l'autorità, sia della Polizia o del Pubblico Ministero hanno qualche notizia ma, per diverse motivi, questa conoscenza non si traduce in una azione penale o questa non raggiunge uno stato abbastanza avanzato per vanificare gli effetti della prescrizione; ma, in ogni modo, l'ipotesi della sanzione non si sostiene: sia che la prescrizione funzioni o no come una specie di opportunità valutata discrezionalmente dall'organo dell'accusa, nessuna

---

<sup>10</sup> Per tutti, cfr. F. CORDERO, *Manuale di procedura penale*, 7ª edizione, Milano, 2003, pp. 408 e ss.

<sup>11</sup> Per tutti, cfr. C. ROXIN, C., e B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 26ª edizione, Monaco, 2009, pp. 71 e ss.

<sup>12</sup> Per tutti, cfr., MATURANA, C., e MONTERO, R., *Derecho procesal penal*, vol. 1, Santiago, 2010, pp. 111 e ss.

<sup>13</sup> In un senso simile F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004, p. 140.

<sup>14</sup> Diversa sarebbe la situazione del diritto inglese in cui, con molta chiarezza, l'*abuse of process* si presenta effettivamente come una sanzione. Cfr. S. SILVANI, *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009, p. 332.



responsabilità (tranne i casi di responsabilità amministrativa ovvero professionale del Pubblico ministero) porta con se la dichiarazione di prescrizione del reato; infatti, se la tutela dei beni giuridici è un obiettivo auspicabile perché così si tutela l'intera comunità, la sanzione ricadrebbe non sul Pubblico Ministero ma, appunto, sull'intera comunità.

Da questa prospettiva, la sospensione come meccanismo per evitare questa presunta sanzione nei casi in cui il Pubblico Ministero non esercita l'azione ovvero esercitandola non raggiunge la condanna non è corretta e necessita di un altro fondamento e forse questo si può trovare in una comprensione più accurata del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* che, almeno in Germania e Italia sembra di essere il principio rettore delle cause di sospensione.

### 3.1.1. *Proposte di riforma alla prescrizione del codice Rocco e la prescrizione del Cp cileno. Punto di incontro?*

La prescrizione del reato, con le sue perenni domande e problemi è stata il bersaglio, in Italia, di più di dieci progetti di riforma negli ultimi vent'anni. L'unica che è riuscita a diventare legge penale è stata la *ex Cirielli* ma questo non ha fermato la volontà di modifiche<sup>15</sup>.

Un filone di riforme proposte sia dal parlamento, sia dalla dottrina è stato lo spartiacque tra prescrizione sostanziale e prescrizione del processo<sup>16</sup>. L'idea di fondo risiede nel fatto che

---

<sup>15</sup> Riguardo a questi progetti di riforma si rimanda al lavoro già citato di F. TOMASELLO, *op. cit.*, p. 1-49, p. 9 e ss., e S. SILVANI, *op. cit.*, p. 345 e ss.

<sup>16</sup> Le proposte di riforma, sempre secondo F. TOMASELLO, *ibid.*, si possono raggruppare in due: le prime che l'autrice identifica come "tradizionali" che non distinguono due tipi diversi di prescrizione – cioè con un unico compasso temporale fra la commissione del fatto e la sentenza definitiva sono minoritarie: la prima è stata la proposta della commissione Nordio del 2005, e poi il progetto Mastella di 2007; il secondo gruppo di teorie è quello in cui c'è una distinzione tra prescrizione del reato e prescrizione del processo: la proposta di legge Kessler et.al. del 2001, la proposta di Fassone et.al. anche del 2001, la proposta di Grevi del 2002, la proposta di Giunta e Micheletti del 2003, la proposta di Giostra del 2006, la proposta della Commissione Pisapia del 2006, la proposta della Commissione Riccio del 2006, la proposta di Silvani del 2009, la proposta di Ubertis del 2010 e la proposta legislativa di prescrizione breve del 2011. Infine, c'è un altro gruppo di teorie che seguono l'idea matrice del secondo gruppo, cioè una distinzione fra due tipi di prescrizione, ma cercando rimedi meno traumatici dalla prescrizione del processo per tutelare la ragionevole durata: la proposta di Mazza del 2011, la proposta di Viganò del 2012 e la proposta della Commissione Fiorella del 2013.

#### CAPITOLO IV

una volta avviato il processo non avrebbe senso, come tradizionalmente concepito, che la prescrizione continuasse il suo decorso fino alla sentenza di condanna. Il motivo di fondo sarebbero i diversi fondamenti di una e dell'altra; da un lato i motivi tradizionali (oblio sociale, disinteresse del Pubblico Ministero, ecc.), dall'altro la ragionevole durata del processo. Caratteristica comune a questi progetti o proposte di riforma: il punto nodale che divide questi due mondi – e conseguentemente, due principi diversi- è l'esercizio dell'azione penale.

Ma, si bada bene: nelle opere di riforma non si parla di una sospensione della normale prescrizione del reato; si parla di una diversa prescrizione che incide solo sul processo e che, di conseguenza, presenta un termine – o dei termini- diverso. Che, allo stesso tempo prevede le sue specifiche cause di sospensione, ma sempre *endoprocedimentali*.

In questo possiamo vedere un certo punto di contatto con il sistema cileno di prescrizione in cui pure l'esercizio dell'azione penale – almeno da un certo momento in avanti- funziona come contenimento del tempo della prescrizione sostanziale. Infatti, le ragioni per cui si giustifica, secondo l'ottica dei diversi autori italiani, è che mentre il processo pende il fondamento della prescrizione sostanziale sparisce perché in questo caso lo Stato rivela un rinnovato interesse nella punizione del reato e perché opera un altro principio, la ragionevole durata del processo. Come visto in precedenza, la dottrina cilena individua un principio simile con l'obbiettivo di giustificare la sospensione “cuando el proceso se dirige contra el delincuente”: se un reato è sottoposto a indagine, sarebbe assurdo far ancora decorrere la prescrizione dell'azione.

Le somiglianze finiscono qui: la sospensione “cilena” è una vera e propria sospensione della prescrizione; invece, le proposte di riforma prospettano un vero *dies ad quem* della prescrizione sostanziale y un *dies a quo* della prescrizione del processo. La sospensione cilena non fa perdere il tempo guadagnato in precedenza, mentre le proposte di riforma costruiscono tutto un altro sistema con delle regole proprie. Ma resta la vicinanza di

fondamento, nel senso che un atto di procedura *possiede qualche effetto che deve incidere sul calcolo della prescrizione.*

Valutare queste proposte dipende tanto della posizione presa con riguardo al fondamento generale dell'istituto (quesito che lascio per la parte finale di questa sezione), ma anche dell'intendimento della ragionevole durata del processo e del suo rapporto con la prescrizione. Le proposte cercano, a mio avviso con molta abilità, di evitare le critiche fatte in passato da autorevole dottrina, nel senso che prescrizione e ragionevole durata non sono conciliabili perché mirano ad obiettivi diversi; ma il fatto di chiamare "prescrizione" quello che si propone con il processo presenta non solo problemi di ordine concettuale, bensì a livello pratico; parlare di prescrizione del processo e indicare dei termini (o termine) che potrebbero portare ad una sentenza di non doversi procedere da un lato significa un cambio culturale di non poca importanza se si tiene conto della tradizionale visione del processo che la dogmatica italiana difende, cambio culturale di cui il Cile potrebbe fornire interessanti spunti ed esperienze<sup>17</sup>.

A livello concettuale, parlare di prescrizione del processo mi sembra sbagliato. Quello che si propone non è veramente una prescrizione, bensì una *scadenza* che si dichiara perché una protrazione ancora di più del processo lede un diritto fondamentale, cioè una giustizia pronta modulata dalla prospettiva del processo; da questo punto di vista, tradizionalmente si parla di un effetto automatico in cui non ci sono cause di sospensione ed interruzione che

---

<sup>17</sup> Il Cpp cileno (2000) prevede un termine di durata massima della fase d'indagine non oltre i due anni, dopodiché il Pubblico Ministero deve decidere su un insieme di possibilità se continuare con l'accusa e quindi passare alla fase di giudizio. Infatti il processo nel suo complesso è stato giudicato positivamente perché ha compiuto gli obiettivi posti all'inizio, soprattutto diminuire i tempi della giustizia punitiva. Ma, a più di dieci anni dell'entrata in vigore della novella, cominciano ad alzarsi le voci critiche. Speditezza non sempre significa giustizia né garanzia per l'imputato, dato che potrebbe mettere in rischio la stessa presunzione di innocenza. Cfr. M. HORVITZ e J. LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Santiago, 2010, p 463 e ss., e I. CASTILLO, *Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)*, in *Política criminal*, n° 15, 2013, pp. 249-313, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_15/Vol8N15A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A7.pdf).

#### CAPITOLO IV

possano evitare la dichiarazione di processo scaduto<sup>18</sup>. Cioè, mentre la prescrizione ammette cause che possano variare il termine, la caducità si verifica *ipso facto*.

L'ultimo problema di queste prospettive è valutare se il processo può veramente escludersi del computo di una prescrizione del reato. Non è affatto una domanda semplice e dipende molto dalla concezione che si sostiene del processo. Se si ritiene che il processo sia del tutto autonomo dal diritto penale sostanziale (nel senso di una autonomia a livello di fondamento), allora lo spartiacque appare giustificato. Invece, se si ritiene il processo parte del fenomeno punitivo, allora dividere così semplicemente uno dall'altro non appare semplice. Ma, si badi bene, questo non significa che il processo non possa subire scadenze con effetti preclusivi che siano orientati alla tutela della ragionevole durata; solo che non sarebbe una vera e propria prescrizione (e quindi, parlare di sospensione sembra una imprecisione) e dall'altro non dovrebbe alterare il computo dell'altra prescrizione, la sostanziale (a mio avviso l'unica che merita questo nome) che potrebbe ancora decorrere in parallelo per un motivo che sempre sembra dimenticarsi: l'imputato fino almeno alla sentenza di primo grado continua ad essere solo un potenziale colpevole. Qui il fondamento della prescrizione, basato sul principio di umanità, ci dovrebbe dare una risposta negativa; la prescrizione, ancorata sul rispetto della persona non consente la divaricazione tra reato-processo-pena; piuttosto una armonizzazione che non dimentichi le particolarità e bisogni del processo penale, la non vanificazione degli sforzi orientati alla economia del processo, la legittima pretesa dello Stato in ordine alla punizione dei reati ma restando fermo che tutto ciò non può incidere sul principio di innocenza.

Da un punto di vista tecnico, le proposte presentano a mio avviso un problema di cui la dottrina cilena e spagnola si sono occupati: lo spartiacque scelto per differenziare prescrizione sostanziale e prescrizione del processo proposto è stato di solito la *notitia criminis*. In ogni modo si tratta sempre di una attuazione di carattere processuale in cui si svela l'interesse dello Stato nella punizione del reato.

---

<sup>18</sup> F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *op., cit.*, p. 38, che fa riferimento all'istituto del diritto spagnolo conosciuto come "caducidad".

Nel caso spagnolo, ancora più delicato, questo momento non coincide con una sospensione del processo, nemmeno con una distinzione tra prescrizione del reato e prescrizione del processo, bensì con l'interruzione. Magari per questo motivo la dottrina iberica ha cercato di fornire una interpretazione in armonia con il fatto che siamo davanti solo ad un potenziale colpevole; l'ambiguità della formula legale, infatti, ha lasciato aperto per più di cent'anni (la regolamentazione dell'istituto non è cambiata troppo) il quesito che è stato risolto tramite la giurisprudenza<sup>19</sup>. Un caso simile è stato la disposizione dell'articolo 96 del Cp cileno che anche dopo la riforma al processo del 2000 conserva gli stessi interrogativi riguardo all'interpretazione corretta dell'espressione "nel momento in cui ha inizio il procedimento a suo carico"<sup>20</sup>.

Si potrebbe argomentare che il caso italiano – o meglio, le proposte di riforme non comportano una vera interruzione, bensì solo un cambio di trattamento; mi pare che l'argomento sia debole, perché un autorevole autore indica come, con l'arrivo del atto di "divisione", "il termine [della prescrizione sostanziale] sarebbe definitivamente interrotto"<sup>21</sup>.

Nella dottrina spagnola e cilena il quesito è stato risolto con l'esigenza che l'atto interruttivo o sospensivo abbia un certo contenuto giurisdizionale, nel senso di coinvolgere l'autorità giudiziaria<sup>22</sup>; questo perché si ritiene, almeno nella dottrina spagnola, che il fondamento dell'interruzione rivela l'interesse dello Stato nella persecuzione ed effettiva punizione dei reati. Così si escludono atti che non provengano di un giudice come la

---

<sup>19</sup> Un riassunto di questa tormentata storia che include anche la novella legislativa del 2010, in J. NIEVA FENOLL, *La prescripción penal y algunas de sus complejidades procesales*, in *La Ley*, n° 98-99, 2012, p. 5 e ss.

<sup>20</sup> Riguardo ai diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema, si rimanda, al di là della bibliografia che compare nel cap. II, G. BALMACEDA, *La prescripción en el Derecho penal chileno*, in H. CORRAL (a cura di), *Prescripción extintiva*, Santiago, 2011, p. 185 e ss.

<sup>21</sup> F. VIGANÒ, *op.*, cit., p. 18.

<sup>22</sup> Così la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo e la dottrina cilena. Cfr. J. NIEVA FENOLL, *op.*, cit., p. 5 e R. RAGUÈS Y VALLÉS, *La prescripción de los delitos y las penas: una ocasión perdida* in SILVA SÁNCHEZ, J. M. (a cura di) *El nuevo Código penal; Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, pp. 220-242, p. 230 e ss. Nel diritto cileno, G. BALMACEDA, *op.*, cit., p. 185 e ss.

## CAPITOLO IV

presentazione della querela o la denuncia perché provengono da un privato che non ha l'impulso del processo penale e perché una mera notizia di reato non coinvolge necessariamente l'attività di un giudice. Per questo motivo, ritenere come giusto momento di spartiacque la sola notizia di reato sembra eccessivo per il semplice fatto che un atto di questa natura tuttora non si traduce in una misura contro un soggetto. Nella dottrina cilena la soluzione, almeno della dogmatica, è abbastanza simile<sup>23</sup>.

### *3.1.2. Caratteristiche di certa criminalità moderna e le sfide per il processo (e conseguentemente con la sospensione della prescrizione)*

Dal punto di vista della politica criminale modernamente ci sono fenomeni di delinquenza in cui potenzialmente sono messi in crisi gli obiettivi del processo. Questo si verifica, particolarmente, nel campo della criminalità economica e della violenza sessuale contro certe categorie di vittime.

Il quesito centrale riguarda il problema della scoperta o trascendenza del reato: trattasi di fenomeni in cui il momento della commissione non coincide necessariamente con il momento della loro conoscenza *pubblica* e, conseguentemente, la prescrizione del reato decorre anche se la Pubblica accusa non abbia la *notitia criminis*, arrivando spesso alla prescrizione del reato in uno stadio troppo precedente alla accusa e, perciò, impossibile di punire.

Ma, se si guarda con attenzione, il fatto che un reato arrivi alla prescrizione senza la conoscenza del Pubblico Ministero o addirittura con la conoscenza della sua commissione ma con l'esclusione di una dichiarazione di responsabilità non è affatto un fenomeno strano: la prescrizione funziona anche come meccanismo di selezione quasi naturale dei

---

<sup>23</sup> La dottrina era relativamente d'accordo che dopo l'entrata in vigore del Cpp (2000) il problema della definizione del momento in cui la prescrizione era sospesa perché "ha inizio il procedimento a suo carico" era stato risolto: l'art. 233 del Cpp indica che con la "formalización de la investigación" si verifica la sospensione della prescrizione. Nondimeno la giurisprudenza ha aggiunto altre fenomeni che provocano la sospensione, anche la presentazione della querela. Il punto non si può dire ancora risolto.

reati che dovrebbero ricevere l'attenzione dell'autorità. Quindi non sarebbe di *per se* un problema o una condizione patologica del sistema punitivo<sup>24</sup>.

In realtà potrebbe derivare un problema di politica criminale solo in certi casi e se unito ad altre situazioni puntuali che richiedono una soluzione *ad hoc*.

Diventa un problema patologico del sistema punitivo quando e solo se la categoria criminale nei fatti diventa scarsamente perseguibile perché, ad esempio, la prescrizione si verifica con troppa frequenza; ma, in ogni modo “colpevolizzare” la prescrizione di questo fenomeno mi sembra una reazione frettolosa; invece si dovrebbe, *in primis*, capire quanto è il contributo della causa di estinzione e quanto i limiti della propria Pubblica accusa; ovvero le difficoltà di prova che portano con se elementi soggettivi della fattispecie. Così, la prescrizione potrebbe essere un traguardo indesiderato solo se queste ipotesi raggiungano ad un risultato negativo (cioè, non sono rilevanti per la sua impunità) perché in quel caso sarebbe abbastanza chiaro che la prescrizione, così come costruita dal legislatore rappresenta un ostacolo serio alla punizione.

Nondimeno, l'analisi sarebbe insufficiente se non si tiene conto di un altro fattore che spinge il legislatore alla riforma di questi reati per quanto riguarda la prescrizione e che non è solo tecnico o fattuale: le esigenze della comunità davanti l'impunità dei reati.

Si tratta di un fenomeno ormai noto; l'impunità dei reati, soprattutto gravi è valutata negativamente dal corpo sociale e di più se arriva tramite il mero decorso temporale. La reazione in questi casi è di perplessità e di un profondo sentimento di ingiustizia. Sebbene sia possibile trovare una prima origine moderna di questa reazione contro l'impunità dalla seconda guerra mondiale in poi riguardo ai crimini più efferati come ad esempio gravi

---

<sup>24</sup> Sul punto, si veda S. SILVANI, *op. cit.*, p. 133 e M. DONINI, *op. cit.*, p. 324; come parte della suo fondamento, per lo meno come tradizionalmente ritenuto, E. ANTONIONI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990, p. 99.

## CAPITOLO IV

violazioni ai diritti umani, il fenomeno oggi può estendersi più ampiamente ad altre manifestazioni della criminalità che hanno come bersaglio beni giuridici diversi, di solito di un livello di gravità oggettiva molto più ridotto.

Non è questa la sede per trattare questo problema; baste qui segnalare come questo fenomeno proprio della seconda metà del ventesimo secolo si estende anche alla prescrizione del reato al meno nelle aree della criminalità precedentemente dette. Valutare la pertinenza delle modifiche legislative, concrete o proposte è il compito dei paragrafi successivi.

### *3.1.2.1. La prescrizione dei reati di colletti bianchi*

È fuori dubbio che i *white collar crimes* sono una manifestazione della criminalità diventata il centro di un importante interesse della comunità; infatti, in quest'area del penale possiamo trovare tanto la delinquenza specificamente economica come la criminalità *politica* (corruzione, concussione, cioè, i reati contro la pubblica amministrazione); essa è valutata come particolarmente odiosa, benché presenti un livello di offensività che astrattamente si potrebbe dire di livello medio-basso. La comunità ritiene che si tratti di un'area di delinquenza che è stata favorita o privilegiata dalla legislazione; per questo motivo richiede dalla legge maggiore severità. Non a caso si parla dal punto di vista della criminologia di una giustizia di classe che, davanti al trattamento punitivo di altri reati contro la proprietà di entità minore, manifesta severe osservazioni.

La prescrizione avrebbe un ruolo importante nella costruzione di questa giustizia di classe; i termini di prescrizione, di solito bassi per questi reati, sarebbero un traguardo raggiungibile con certa facilità. Così la funzione di tutela dei beni giuridici coinvolti in queste fattispecie si vede indebolita, ma non solo: i cittadini diffidano per questa causa della giustizia punitiva, scattando un evidente sentimento di malessere contro tutto il sistema penale.



Di conseguenza, diverse modifiche legislative –che includono l'introduzione della responsabilità penale anche per le persone giuridiche- si sono verificate o per lo meno proposte con diversi obbiettivi ma che possono caratterizzarsi come una legislazione di “lotta” contro la delinquenza economica. In questa prospettiva la prescrizione è stata pure coinvolta, anche se le modifiche dirette su questo campo ancora non si sono concretizzate.

*3.1.2.1.1. La proposta di direttiva della Commissione Europea per la protezione degli interessi finanziari dell'UE attraverso la legge penale (Dir. Pif)<sup>25</sup>*

Basati sull'art. 325 del Trattato di funzionamento dell'UE che esige sanzioni penali dissuasive e tali di permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni ed organi contro la frode ed altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa, la Commissione europea ha presentato un progetto di direttiva – 2012/193 dell'11 luglio del 2012<sup>26</sup>. In questa proposta, la prescrizione per questi reati presenta qualche particolarità interessante e che risponde a quanto indicato nel paragrafo precedente, cioè una legislazione di “lotta”.

Il progetto, rivolto ai reati della convenzione PIF del 1995 - frode, riciclaggio e corruzione e ai reati connessi, cioè comportamenti fraudolenti negli appalti comunitari o nelle procedure di assegnazione di fondi e l'appropriazione indebita commessa da pubblici ufficiali in danno delle finanze comunitarie- in materia di prescrizione prevede, nel art. 12 un termine di almeno 5 anni dal momento in cui è stato commesso il reato. Entro questo termine deve essere possibile avviare le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria di merito.

---

<sup>25</sup> La proposta è ancora in processo di essere approvata.

<sup>26</sup> Per un analisi della proposta, si rimanda al lavoro di A. VENEGONI, Prime brevi note sulla proposta di Direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale, com(2012)363 (c.d. Direttiva PIF), in Diritto penale contemporaneo, 5 settembre 2012, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1345455466Direttiva%20PIF.pdf>.

## CAPITOLO IV

La proposta aggiunge in materia di interruzione del termine che questo si verifica con qualunque atto di una autorità nazionale competente, compreso in particolare l'inizio effettivo dell'indagine o dell'azione penale. Il termine ricomincia con un limite: fino a dieci anni a partire del momento in cui il reato è stato commesso.

Bisogna riflettere sul significato dell'espressione che utilizza l'art. 12 "entro il quale *deve essere possibile*", in termini generali, svolgere un processo fino alla sentenza. A mio avviso, e cercando di armonizzare la norma proposta con gli obiettivi della stessa direttiva, la disposizione sembra un richiamo a garantire che il termine non sia un ostacolo al processo; conferma questa idea il numero 2 del articolo in cui si indica che *qualunque* atto dell'autorità competente interrompe il corso della prescrizione. Sembra così consacrata la possibilità indefinita di atti di interruzione, per lo meno fino alla soglia temporale descritta dallo stesso articolo: dieci anni dal momento della commissione del fatto di reato.

Nella prospettiva della lotta contro la criminalità dei colletti bianchi la proposta sembra per lo meno conservatrice. Altri criteri, come che il *dies a quo* cominci dal momento della conoscenza del reato o persino l'imprescrittibilità non sono state accolte. In ogni modo l'idea dell'interruzione per qualsiasi atto dell'autorità si rientra nella linea di severità propria del fenomeno predetto e lascia qualche perplessità se teniamo conto il fondamento dell'istituto interruttivo.

### 3.1.2.1.2. *La proposta di Grisch*

Più radicale è la proposta di Daniela Grisch; l'autrice svizzera ritiene che la prescrizione, al di là delle ormai conosciute problematiche, dal punto di vista della criminologia sarebbe un meccanismo di "giustizia di classe". La prescrizione del reato sarebbe se non l'origine di questo tipo di giustizia, per lo meno un elemento su cui si accosta<sup>27</sup>. Il motivo di questo fenomeno risiede sia nella stessa legislazione (nel caso della Svizzera, prima del 2000 la prescrizione poteva verificarsi in ogni istanza del processo) come nel comportamento degli

---

<sup>27</sup> D. GRISCH, *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zurigo, 2006, p. 122 e ss.

avvocati che contano sul decorso della prescrizione con l'obiettivo di far finire un processo senza una dichiarazione di responsabilità. Questo insieme al fatto che il delinquente di colletto bianco ha delle caratteristiche diverse (visione, risorse economiche, educazione, ecc)<sup>28</sup> porta l'autrice ad esigere come misura contro questa giustizia di classe l'imprescrittibilità dei reati di delinquenza economica, mettendo come esempio la legislazione inglese<sup>29</sup>.

In ogni modo, consapevole del fatto che una modifica legislativa su questo punto sembra quasi impossibile, l'autrice propone almeno una revisione delle norme sulla sospensione, auspicando un ritorno alle vecchie forme di prescrizione del codice penale svizzero, cioè il tempo in cui l'autore di reato si trova all'estero e l'impossibilità dell'accusa di svolgere il processo per motivi di legge<sup>30</sup>. Grisch propone anche una norma simile al §78b comma 4 del Codice penale tedesco il quale, come visto in precedenza, prevede una causa di sospensione ogni volta in cui per reati di certa gravità e minacciati con aggravanti – puniti con una pena superiore a cinque anni- si apre un giudizio principale davanti ad un tribunale federale; la prescrizione si sospende nei casi del comma terzo del §78 n° 3 (cioè, reati che si prescrivono in cinque anni) per un termine massimo di cinque anni. Anche propone una sospensione per i reati al cuore della sua ricerca dal momento della loro scoperta, dovuto al fatto che i delitti relativi alla delinquenza economica di solito sono scoperti tardivamente<sup>31</sup>.

L'autrice in ogni modo ammonisce che una riforma di questo tipo è inutile se non viene accanto ad un forte investimento di risorse finanziarie<sup>32</sup>.

La posizione di Grisch deve essere valutata dal punto di vista dell'obiettivo che, secondo lei, è sottostante alle sue proposte: non eliminare la delinquenza economica, bensì evitare la giustizia di classe che sarebbe la conseguenza di una prescrizione del reato tradizionale. Un

---

<sup>28</sup> *ivi*, p. 124

<sup>29</sup> *ivi*, p. 134

<sup>30</sup> *ivi*, p. 135

<sup>31</sup> *ibid.*, p. 135

<sup>32</sup> *ivi*, p. 136

## CAPITOLO IV

obbiettivo di questo tipo, malgrado sia lodevole, deve armonizzarsi con gli obiettivi tanto del processo come della stessa prescrizione del reato, modulata come visto in precedenza. Questo non toglie il fatto che se la prescrizione diventa una manifestazione patologica, sia in un sistema intero, sia in un'area del penale, la revisione della normativa è un obbligo. Da questo punto di vista, le proposte alternative da lei prospettate – sospensione in un certo momento del processo, prescrizione speciale per reati di scoperta tardiva- si iscrivono nel più vasto orizzonte dei progetti di riforma alla prescrizione più autorevolmente indicati.

### *3.1.2.1.3. La prescrizione dei reati di violenza sessuale contro minori*

Fenomeno conosciuto è stato il crescente e per certi versi giustificato nuovo interesse che la vittima di minore età ha suscitato nella dottrina e legislazione penale degli ultimi 30 anni. La consapevolezza che la posizione dei bambini e giovani davanti alla criminalità era molto debole ha dato occasione alla presentazione di riforme di diversa qualità. In questa prospettiva un richiamo che è andato dall'imprescrittibilità fino a forme più mite di computo del termine è parte delle riforme.

Al di là di casi in cui questa criminalità è stata dichiarata imprescrittibile, i casi più conosciuti sono la Germania e la Spagna e, di recente, il Cile<sup>33</sup>. In tutti i tre sistemi, con qualche differenza, è stato introdotto un sistema particolare di sospensione del termine: i reati contro persone di minore età cominciano il decorso della prescrizione solo dal momento in cui le vittime compiono i 18 anni.

Il fondamento è sempre lo stesso: a causa della loro immaturità, al fatto che sono sottoposti al potere di un'altra persona, alla loro inesperienza, i delitti che hanno come vittima soggetti minori difficilmente sono scoperti dopo la loro commissione. Così la legge presume che il soggetto sarà in grado, una volta arrivata la maggiore età di capire ed intendere gli attacchi subiti nel passato o non sarà più sottoposto al controllo dell'autore del reato, di solito, trattandosi di reati di violenza sessuale, un membro della stessa famiglia. In dottrina questi

---

<sup>33</sup> In Germania, il §78b, comma 1 del *StGB*; in Spagna, l'art. 132.2 del *Código penal*.

motivi si possono ricondurre al concetto di “soddisfazione degli interessi della vittima” (*Genugtuungsinteresse*), una specie di diritto soggettivo della vittima che combina i desideri di vendetta e il diritto alla riparazione in una sola categoria giuridica<sup>34</sup>.

Mentre in Spagna e in Germania si ritiene pacificamente che si tratta di un caso di sospensione<sup>35</sup>, in Cile non è del tutto chiaro. A volte si dice semplicemente che si tratta di una regola speciale di computo, in altre casi una regola speciale del *dies a quo*. Sembra corretta la prima posizione, tanto perché risponde all’origine storica dell’istituto, quanto perché il concetto giuridico di sospensione rinchiede pure la possibilità di un decorso temporale che ancora non è iniziato<sup>36</sup>. La posizione della dottrina cilena si può spiegare perché si ritiene che la regola dell’art. 96 è tassativa, non ammettendo altre figure che si possano chiamare “sospensione” della prescrizione.

In ogni modo, la giustificazione di questa sospensione speciale non è del tutto coerente. Innanzitutto resta il dubbio riguardo al campo dei reati coinvolti; in Cile è un catalogo circoscritto ai reati di violenza sessuale. Invece in Germania e Spagna l’area colpita con questa sospensione è maggiore. Si argomenta che non solo gli atti che incidono sulla libertà sessuale contro persone di minore età presentano le caratteristiche predette, bensì anche la violenza fisica, come nel codice penale tedesco e l’aborto, reati contro l’intimità del minore, e tortura nel caso spagnolo.

Ma le critiche non si fermano qui: è lecito domandarsi perché *solo* le persone di minore età godono di un tempo più lungo per esercitare l’azione penale. Se il fondamento è quello

---

<sup>34</sup> Con riguardo appunto a questi tipi di reati si veda T. HÖRNLE, *Sollen Verjährungsfristen für den sexuellen Missbrauch von Minderjährigen verlängert werden?*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, vol 157, n° 7, 2010, pp. 388-398, p. 392.

<sup>35</sup> In Germania la discussione è stata pacifica sul punto, dato che lo stesso §78b è intitolato “sospensione” (*Ruhen*). Comunque la dottrina è d’accordo con questa denominazione del legislatore. Si veda in proposito D. STENBERG-LIEBEN e N. BOSCH, §§78 ff. in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 23ª edizione, Monaco, 2010, p. 1187. In Spagna, si veda R. RAGUÉS Y VALLÈS, *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004, p. 151.

<sup>36</sup> In questo punto mi permetto di rinviare il lavoro di C. CABEZAS, *Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal*, in *Política criminal*, n° 16, 2013, pp. 386-407, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A2.pdf).

## CAPITOLO IV

detto in precedenza, allora non solo loro possono trovarsi in quelle situazioni: anche gli anziani e i dementi potrebbero essere sottoposti a pressioni e minacce o non capire del tutto la portata delle azioni di cui sono vittime. L'unica differenza tra questi soggetti e i minori è che un bambino *potrebbe capire dopo* il significato della azione di cui è stata vittima.

Bisogna dire che in senso tecnico la situazione che fa scattare questa tutela rafforzata del minore è una finzione; infatti non sempre i reati di questa natura restano nascosti. Ad esempio un caso di violazione in cui la polizia colga l'autore *in flagranti* ovvero un reato denunciato alle autorità competenti. Per questo motivo la dottrina sostiene che in questi casi la regola della sospensione speciale non si deve applicare e semplicemente si ritorna alla regola del *dies a quo* normale, cioè, il termine decorre dalla commissione del fatto<sup>37</sup>.

A mio avviso, una sospensione della prescrizione fino ad un evento come questo, cioè la maggiore età della vittima, risponde al brocardo latino *contra non valentem agere, non currit praescriptio*. Si tratta, infatti di un meccanismo con cui l'ordinamento punitivo fornisce una tutela speciale a certe persone per le loro condizioni. Da questa prospettiva il meccanismo *per se* non presenta inconvenienti particolari al momento di armonizzarlo con i fini del diritto penale e neanche con il fondamento dell'istituto come da noi prospettato, cioè con il principio di umanità, perché sebbene si tratti di un principio che governa tutto il sistema prescrittivo, questo non significa che debba tradursi in un vantaggio ingiustificato; ma bisogna riconoscere che estenderlo ad una cerchia così ampia di reati appare poco giustificato.

### 3.1.3. Riassunto. La sospensione come meccanismo per risolvere i problemi del binomio processo/prescrizione.

---

<sup>37</sup> Questa è la soluzione che espressamente la dottrina che si è occupata di questo problema propone. Si veda R. RAGUÉS Y VALLÈS, *La prescripción penal*, cit., p. 153; in Germania, D. STENBERG-LIEBEN e N. BOSCH, *op., cit.*, p. 3 e W. MITSCH, §§78 ff., in W. JOECKS e K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª edizione, Monaco, 2012., pp. 1453-1488, p. 1460; in Cile, C. CABEZAS, *op., cit.*, p. 395 e ss.

Come visto in precedenza la sospensione del reato è stata proposta come via di uscita dei problemi connessi al rapporto prescrizione/processo penale. Dalla tradizionale visione della sospensione collegata alle diverse situazioni di protrazione del processo si è arrivato o tornato ai vecchi motivi della sospensione civile, cioè casi che possono ricondursi al brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*<sup>38</sup>. Occorre anche sottolineare la proposta di dividere due tipi di prescrizione diverse, una sostanziale e l'altra processuale con sistemi diversi. Resta anche la soluzione cilena, con qualche punto di contatto con la proposta italiana, cioè, la sospensione dovuta all'inizio del processo. Ognuna presenta coerenze e difficoltà davanti il fondamento dell'istituto così come sostenuto in precedenza, vuol dire, con il principio di umanità.

Le proposte di riforme italiane degli ultimi anni sono ancorate ad una visione del processo con scarsa incidenza sul diritto penale sostanziale. L'idea per cui "avviato il processo i motivi dietro la prescrizione del reato spariscono" si fonda sull'idea che il processo presenta delle finalità assai diverse, giustificandosi uno spartiacque dogmatico. A questo si aggiunge la debolezza dei fondamenti della prescrizione utilizzati (oblio sociale, problemi di prova, ecc.).

A mio avviso la difficoltà principale non è distinguere due tipi di "prescrizione", una che decorre dal momento della commissione del reato, l'altra da un certo momento del processo penale, bensì l'*indipendenza* di tutti due. Cioè, non è chiaro il motivo per cui la prescrizione sostanziale "perisca" con l'inizio del processo. Se la prescrizione, ancorata nel rispetto al principio di umanità è anche una garanzia, allora non si capisce il motivo di eliminarla per il solo motivo dell'inizio di un processo. Il secondo problema risiede nel fatto che è problematico parlare di "prescrizione" di un processo. I tempi delle diverse tappe del procedimento possono, infatti, essere fissati dal legislatore – si pensi al caso cileno- ma

---

<sup>38</sup> Questo brocardo, di origine assai lontano, risale in realtà ad un vecchio e ancora vigente principio del diritto: "nessuno è tenuto a fare l'impossibile" (*impossibilium nulla obligatio est*). L'origine più lontana, sempre nel diritto romano era la distinzione tra giorni *fasti* e *nefasti*; nei secondi non era possibile ottenere una *formula* dal pretore. Su questo sviluppo storico nel diritto civile romano più antico, si veda L. NICHOLS, *Contra non valentem*, in *Louisiana Law Review*, vol. 56, n° 2, 1996, pp. 337-362.

#### CAPITOLO IV

solo come un sistema di scadenze orientato alla tutela del principio della ragionevole durata del processo che, come ben chiarito per autorevole dottrina, non ha nulla che vedere con i principi sottostanti alla prescrizione. Quindi, la tutela della ragionevole durata non dovrebbe togliere la tutela del principio di umanità.

Il caso cileno sarebbe una specie di soluzione di compromesso a cavallo tra i due orientamenti. La prescrizione si ferma in un momento  $x$  – in questo caso quando il giudice comunica all'imputato che un processo si svolge contro di lui- e lo stesso processo presenta un termine, almeno per la fase di indagine; ma la prescrizione si è solo fermata ma non è terminata; se il processo si protrae troppo tempo senza una soluzione, allora la prescrizione continua il suo decorso. Resta da decidere se la risposta cilena, cioè che la prescrizione continua “come se non si fosse mai sospesa” può essere accolta; ma l'idea generale non sembra del tutto sbagliata.

Tuttavia la risposta dell'art. 96 del Cp cileno sembra eccessiva davanti a tutti i reati. È vero che una “formalizzazione dell'indagine” presenta o dovrebbe presentare un certo livello di plausibilità, cioè non è persuasiva la giustificazione, che mentre si svolge l'indagine, è assurdo che la prescrizione continui il suo decorso. Ma sarebbe logica se si tratta di un reato con qualche caratteristica che spieghi il bisogno di più tempo, come ha fatto il *StGB* tedesco che riserva questa causa di sospensione per certi reati.

Infine, sembra anche corretto prevedere cause di sospensione per qualche categoria di vittime tenendo conto delle loro situazione particolare. Così le persone di minore età, ma anche gli anziani, i dementi e altre tipi di vittime potrebbero godere di una causa di sospensione *eccezionale*; ma la costruzione di questa causa sempre deve bilanciare questi legittimi interessi con il fondamento della prescrizione; quindi l'umanità esige che un ricorso che modifica in senso peggiorativo per l'imputato il trattamento della prescrizione sia interpretato sempre in senso restrittivo e lasciando aperta la possibilità di tornare al regime normale *se i presupposti di questa tutela rafforzata non si verificano*.



Meno chiaro il richiamo di un simile meccanismo per reati della delinquenza economica; sebbene sia pacifico che si tratta di un'area della criminalità moderna che attira l'attenzione e le apprensioni della comunità che esige maggiore severità nel suo trattamento punitivo, la giustificazione del paragrafo precedente – cioè, una vittima bisognosa di una protezione particolare – non è sempre presente. Se si tiene conto che il soggetto passivo di solito è lo Stato e i suoi interessi finanziari una protrazione della prescrizione non sembra per nulla scontata. Riguardo alla prescrizione come obiettivo della difesa è ben vero che prima di incidere sulla prescrizione, occorre rivedere il sistema processuale e, in ultima istanza, ci sono altri rimedi che potrebbero essere di aiuto, come la sospensione davanti ad un ricorso che presenti caratteristiche elusive o che cerchino di rallentare il processo. In ogni modo resta sempre la possibilità, come fanno altri ordinamenti come il tedesco, di prevedere cause di sospensione speciali per certe categorie di reato che non si fondino nel *contra non valentem agere* che, sebbene si tratti di un rimedio attendibile come visto in precedenza, deve essere utilizzato in modo non eccessivo, solo ogni volta che siamo davanti ad una eccezione.

4. *L'interruzione. Il difficile rapporto con il diritto penale in generale e con il fondamento della prescrizione in particolare.*

Tutta un'altra storia è quella dell'interruzione del reato. Definita da noi nel primo capitolo come la *perdita del tempo trascorso dalla commissione del reato* trova una difficile giustificazione da più punti di vista. Infatti, non sono poche le voci che chiedono la sua abolizione.

L'interruzione trova anche delle risposte legislative molto diverse: mentre Italia e Germania prevedono un sistema in cui il tempo trascorso sparisce per atti del processo, il Cile ha preferito un sistema di interruzione basato sulla recidiva.

## CAPITOLO IV

Non ci sono, per la verità, molte proposte riguardanti l'istituto interruttivo, tranne quelle che cercano di estendere le cause d'accordo con il fondamento sostenuto: il rinnovamento dell'interesse dello Stato in ordine alla punizione del reato. Nel caso cileno, essendo una causa unica, non ha originato troppi problemi, tranne quello accennato prima, cioè che diventa un comodo espediente di giustizia di classe.

### *4.1. Il fondamento "tradizionale" dell'interruzione; critiche.*

La dottrina che si è occupata del fondamento dell'interruzione sostiene che quest'istituto si basa sul presupposto che ogni atto del processo tiene viva la memoria del reato e con essa ravvivano l'allarme sociale derivante dal delitto<sup>39</sup>, ovvero perché "viene a manifestarsi il concreto interesse dello Stato a perseguire un illecito penale che si assume commesso ed in ordine al quale si sta, appunto, procedendo, Insomma, le cause interruttive si inscrivono profondamente nella logica stessa dell'istituto: se l'opportunità di punire si affievolisce con il trascorrere del tempo, non possono restare senza effetto contegni che dimostrino la permanenza di tale interesse"<sup>40</sup>.

Bisogna ribadirlo un'altra volta: come tutti gli elementi della prescrizione, l'interruzione trova la sua origine nel diritto civile. Ma non solo: anche il suo fondamento. La concezione del rinnovamento dell'interesse dello Stato rimanda direttamente l'idea del rinnovamento dell'interesse della parte titolare del diritto in un rapporto privato abilitata all'azione contro il debitore e tutto questo non è altro che l'idea della prescrizione come sanzione della parte negligente.

---

<sup>39</sup> S. SILVANI, op., cit., p. 33; S. VINCIGUERRA, A proposito del rapporto fra la prescrizione c.d. del reato e la ragionevole durata del processo in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di), Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli, Milano, 2006, pp. 93-103.

<sup>40</sup> A. BARAZZETTA, *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di) *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, pp. 159-191p. 159; in Germania, si veda M. LORENZ, *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934, p. 76; oggi la dottrina tedesca non si interroga riguardo il fondamento dell'istituto e pare che lo desume semplicemente dal fatto che, se la prescrizione ha una natura processuale, allora è ovvio che atti di procedura – ma, diversamente dalle prime codificazione, con un catalogo chiuso- possano interrompere il decorso.

Un'altra volta, l'eredità storica della prescrizione tradisce il suo rapporto con l'intero diritto penale e poi con il fondamento da noi prospettato per l'istituto prescrittivo. Innanzitutto, non si capisce quale sia il motivo per perdere tutto il termine già trascorso dal momento della commissione del fatto; se qualcosa si potrebbe giustificare sarebbe una sospensione del decorso. La prima questione che stupisce è che assomiglia molto ad una sanzione che si rivolge ad un soggetto *per un fatto che non riguarda la sua condotta, bensì il processo che solo in un certo momento arriva ad un certo stadio*. La teoria dell'oblio sociale o la teoria della forza del tempo non sono sufficienti per spiegare e giustificare l'interruzione; basti immaginare un reato prossimo alla sua prescrizione che poi, forse a pochi giorni di quella data, si interrompe.

D'altro canto, la teoria che vede come fondamento della prescrizione la perdita dell'interesse dello Stato nella punizione del reato e che, consequenzialmente, ritiene che il fondamento della prescrizione si trovi in un rinnovamento dello stesso interesse dimentica che la punizione dei reati non è una facoltà dello Stato, bensì un dovere. Questo si può accertare tramite la configurazione del processo in ogni sistema penale in cui, di solito, appare come regola generale l'obbligatorietà dell'azione.

Di fronte al principio fondante della prescrizione proposto in questo lavoro, cioè, il principio di umanità, l'interruzione neppure potrebbe offrire qualche appiglio dogmatico. Se il processo è necessario per arrivare ai fini del diritto penale – la tutela *ex post* dei beni giuridici ritenuti i più importanti dalla comunità- questo non significa che ogni volta che nel processo si verifica una attività ciò sia sufficiente per far perdere il tempo guadagnato in precedenza. Specie non si capisce quale sia il motivo di prevedere una causa di interruzione se si ha un catalogo di cause sospensive, scontato il fatto che la funzione sia della sospensione, sia dell'interruzione è dare più tempo alla giustizia per arrivare ad una decisione sulla responsabilità del soggetto. Se la funzione è la stessa – e mi sembra pacifico che è così- allora, parrebbe che il sistema penale preveda due istituti con gli stessi obbiettivi. La differenza – al di là delle cause di una e dell'altra che come già detto sono

## CAPITOLO IV

diverse in tutti i sistemi- sarebbe solo una: in un caso, quell'istituto porta con se una vera sanzione<sup>41</sup>.

Come detto riguardo alla sospensione, il principio di umanità deve bilanciarsi quando parliamo del rapporto tra diritto penale e diritto processuale con gli obbiettivi e bisogni di questa ultima branca del diritto. Ma, se quel bilanciamento si raggiunge con la prescrizione, non sarebbe del tutto logico restare solo con la sospensione? Non si tratta di un'idea azzardata: come visto in precedenza, questa è stata la scelta del codice penale dell'Austria<sup>42</sup>.

Infatti, l'esistenza di un processo può produrre qualche effetto sulla prescrizione, senz'altro; diverso è il quesito di *quale effetto*. Come visto in precedenza, un sistema di sospensione che introduca, per certi categorie di reato, una sospensione in un dato momento del processo, ma con un effetto sospensivo piuttosto che interruttivo arriva al medesimo effetto, cioè, dare alla Pubblica accusa più tempo per svolgere l'indagine.

La prova più evidente che siamo davanti ad un istituto scomodo per il diritto penale è l'esistenza della prescrizione c.d., assoluta, cioè, la previsione di un termine totale e invalicabile dopo di che l'interruzione non provoca più effetti. In questi casi siamo davanti il riconoscimento dell'umanità come fondamento "residuale" della prescrizione; invece, se come fa questo lavoro, l'umanità diventa il suo vero fondamento, allora l'interruzione non ha posto nel dispositivo dell'estinzione del reato per il decorso del tempo.

Comunque, sono molto consapevole che una proposta di questo tipo avrebbe poca fortuna, tenendo conto della potente tradizione in questo punto. Per questo motivo, un approccio più realistico sarebbe quello di ridurre le cause di interruzione, limitarle ai casi più gravi,

---

<sup>41</sup> Le critiche a questo istituto sono numerose, specie in Spagna e per motivi del tutto attendibili, tenendo conto che il codice solo conosceva una causa di interruzione simile alla cilena che provoca la sospensione. Su queste critiche, cfr. F. PEDREIDA GONZÁLEZ, *op., cit.*, p. 253 e ss.; A. GILI PASCUAL, *La prescripción en el Derecho penal*, Elcano, 2001, p. 182 e ss.

<sup>42</sup> Sul punto, si rimanda al capitolo II, paragrafo 1.2.1.

determinare accuratamente gli atti che sono in grado di produrla. Ma, la strada che non si dovrebbe percorrere è quella dell'ordinamento cileno riguardo all'interruzione. Come accennato prima, l'interruzione secondo l'art. 96 del Cp cileno prevede che questa si verifica "quando il delinquente commette un nuovo crimine o delitto".

La norma, a mio avviso correttamente, è stata giudicata dalla dottrina nazionale "incompatibile con un diritto penale del fatto"<sup>43</sup>, non mancando voci che comunque cercando qualche legittimo fondamento come la rinascita dell'allarme sociale che provoca il reato commesso dal soggetto il cui precedente reato si sta prescrivendo<sup>44</sup>. In realtà il suo fondamento sarebbe più antico, come rivelato in questo lavoro, cioè, che il reato si estingue tramite l'espiazione del reo, espiazione che non si verifica se il delinquente commette un altro illecito punibile, fondamento del tutto estraneo alla logica della prescrizione moderna e impossibile da determinare solo con la commissione o non commissione di un delitto.

Ma, come è noto, in Italia dal 2005 la recidiva ha un certo ruolo nel calcolo della prescrizione. Nel secondo capitolo abbiamo fatto una veloce rassegna delle riforme che la *ex-Cirielli* hanno introdotto nel rapporto prescrizione recidiva. È anche il momento di valutare criticamente questo rapporto.

Diversamente dagli altri codici, il testo punitivo del 1930 nel suo attuale disegno dichiara che delle circostanze aggravanti e attenuanti non si deve tener conto per il computo del tempo a prescrivere, tranne quelle aggravanti a effetto speciale, come, ad esempio, la recidiva, sia sul computo, sia sull'interruzione. Mentre la riforma è degna di plauso per l'aumento dell'oggettivazione del tempo a prescrivere quando toglie le circostanze del computo<sup>45</sup>, cade sulla disapprovazione soggettivizzando questo stesso giudizio attraverso

---

<sup>43</sup> J.L. GUZMÁN DALBORA, *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487, p. 473.

<sup>44</sup> G. YUSEFF, *La prescripción penal*, 3ª edizione, Santiago, 2009p. 110.

<sup>45</sup> D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale* in *RIDPP*, I, 2005, pp. 507-533, p. 529, per il quale agganciare il computo alle circostanze costituisce "un sovraccarico di responsabilità, ed è un fattore di potenziale distorsione nell'esercizio di una discrezionalità che ha senso e legittimazione ed idoneità tecnica se

## CAPITOLO IV

un espediente di selettività irragionevole. È evidente che il legislatore voleva espressamente mandare un messaggio nel senso che la recidiva reiterata, speciale e obbligatoria dà luogo a un inasprimento non solo riguardo all'aumento di pena, ma assume rilevanza anche con riferimento all'estinzione del reato. Tutto il congegno della legge di 2005 aveva come bersaglio precisamente il delinquente abituale e il suo obiettivo esplicito è, senz'altro, la neutralizzazione: per il recidivo, senza tener conto la gravità del reato commesso, la legge offre un ventaglio di soluzioni che cercano di assicurare il carcere.

Quest'atteggiamento non è stato condiviso dalla giurisprudenza; infatti, il Supremo Collegio ha cercato di interpretare l'art. 99, specialmente il terzo comma, nel senso di ritenere che la facoltatività del giudice di fronte alla recidiva, guadagnata dalla riforma del 1974 sia rimasta; cioè, se la recidiva non sia contestata e non sia applicata dal giudice, questa non opera e, dunque, non si riflette sulla prescrizione del reato<sup>46</sup>.

Ma, al di là dello scopo dichiarato dal legislatore, e di questa condivisibile presa di posizione della Corte di Cassazione, resta ancora la domanda se è lecito o meno collegare la recidiva al tempo necessario a prescrivere.

Le possibili risposte si possono separare in due argomenti diversi:

- 1) Il primo ritiene la recidiva sostanzialmente legittima, Questo argomento può coinvolgere tre sub-soluzioni:
  - a. L'abbinamento della recidiva con la prescrizione è legittimo, anche dopo l'intervento legislativo del 2005
  - b. L'abbinamento della recidiva con la prescrizione può essere legittimo, ma è eccessivo dopo l'intervento della legge ex-Cirielli

---

riferita al *quantum* e ai modi del punire, ma non ha senso né legittimazione rispetto alla scelta fra la punizione o non punizione di reati anche gravi.”

<sup>46</sup> Si veda sul punto, Cass. Penale 11/04/2007, n. 16750, sez. IV ed il commentario di G. MESSINA, *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell' "autore recidivo" rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, RIDPP, 2008, p. 870.

## LA PRESCRIZIONE DEL REATO E IL SUO RAPPORTO CON IL PROCESSO

c. L'abbinamento della recidiva con la prescrizione è illegittimo, sia con riferimento al computo del tempo necessario a prescrivere, sia con riferimento alla vicenda interruttiva, sia entrambi questioni.

2) Il secondo ritiene la recidiva sostanzialmente illegittima e, dunque, incompatibile con l'istituto della prescrizione.

È evidente che il primo argomento è *de lege lata*, mentre il secondo soltanto *de lege ferenda*. Non si può chiudere gli occhi di fronte alla lettera della legge: in un senso o nell'altro, la recidiva finisce per influire sull'estinzione del reato (e una cosa simile si può dire del caso cilen); ma, precisamente questi effetti, e altre ragioni, mettono in discussione, pure, la stessa *ragion d'essere* della recidiva.

Quelli che ritengono che fra i due istituti un possibile collegamento non sia da respingere, affermano che la recidiva, come circostanza del reato, è una parte di esso, contribuisce a modellarlo, incide sulla sua sostanza e, pertanto, se ne deve tener conto<sup>47</sup>. Per altro autore, invece, l'incidenza della recidiva speciale e reiterata è da condividere, dato che comporta una maggior oggettivazione del computo<sup>48</sup>.

L'autore, invece, che ritiene che questo collegamento sia legittimo, però eccessivo, fonda la sua conclusione sul fatto che operare di questo modo dimentica criteri di gravità e

---

<sup>47</sup> “Ma, nella realtà, il reato è l'illecito di un soggetto, e le qualifiche personali che riguardano l'autore sono dall'ordinamento prese in considerazione quando sia compiuto un reato al fine di determinare la pena: vale a dire, in quanto influiscano sulla valutazione dell'illecito, importando, al pari di tutte le altre circostanze, una variazione quantitativa o qualitativa della sanzione”. ; A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov dig., it.*, 1966, pp. 679-707, p. 681; S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig., disc., pen.* 1995, pp. 659-670, p. 686. Comunque, si deve tener conto che l'autore parla della recidiva in uno scenario molto diverso dell'attuale, dove la recidiva sembra operare eccessivamente.

<sup>48</sup> “E risulta coerente a una simile prospettiva la stessa eccezione riservata alle aggravanti che comportano l'applicazione di una pena di specie diversa da quella ordinaria alle aggravanti ad effetto speciale. La ratio cui vengono ricondotte tali circostanze - quella di operare un'autentica variazione della cornice edittale, in funzione di una diversa valutazione legale di gravità della fattispecie base" - consente di riconoscere loro una funzionalità non dissimile da quella propria degli elementi costitutivi del reato nella determinazione legale della pena”. S. SILVANI, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli*, in *DPP*, 2006, 3, pp. 301-314, p. 309.

## CAPITOLO IV

offensività del reato e che difficilmente lo *status* di recidivo sia sufficiente per coincidere con la *ratio* dell'istituto, l'oblio sociale<sup>49</sup>.

Gli autori che pensano che questi due istituti non possano andare insieme sono la stragrande maggioranza: il ragionamento fa leva sul fatto che la prescrizione è un istituto di natura oggettiva e che la sua *ratio* difficilmente si può avvicinare alla recidiva<sup>50</sup>: la prescrizione estingue la pretesa punitiva statale senza tener conto delle circostanze soggettive, dato che il tempo “corre uguale per tutti”<sup>51</sup>. Cioè, se la prescrizione, come è stata costruita dal legislatore – e che risponde a un disegno condiviso da altri ordinamenti – determina il suo decorso sulla base della gravità dei reati, la recidiva pare un elemento dirompente e incongruente nella sua disciplina, più che per il fatto del suo carattere circostanziale, per il suo mancato influsso nel reato presente. Mentre le altre circostanze tendono a riflettere una situazione che è attuale o, meglio, che incide direttamente sul reato, la recidiva è preterita; tutte le teorie che cercano di collegare il reato passato all'illecito presente, falliscono nel loro compito; sia per il principio di colpevolezza che tende ineluttabilmente a cancellare qualsiasi rapporto che non sia abbinabile al reato dato il pericolo di cadere nel giudicare più la personalità che il fatto concreto, cioè, nel diritto penale d'autore, sia perché la pericolosità come *ratio* della recidiva sembra più fortemente attratta a questi nocivi modelli d'imputazione personale<sup>52</sup>, senza tener conto, altrettanto, della scarsa certezza del suo accertamento<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> A. BARAZZETTA, *op., cit.*, p. 181.

<sup>50</sup> E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia. RIDPP*, 2007, 505-545, p. 516.

<sup>51</sup> D. PULITANÒ, *op., cit.*, p. 530.

<sup>52</sup> M. ROMANO, G. GRASSO e T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, 2a edizione, Milano, 2011, p. 116.

<sup>53</sup> Si veda S. SILVANI, *La nuova disciplina*, *cit.*, p. 312, per la quale, come abbiamo visto, la recidiva può collegarsi con la prescrizione solo riguardo al computo; ma respinge l'idea di un collegamento con la vicenda interrutiva. Ma, è da chiedersi se è possibile essere d'accordo con la prima idea ma non con la seconda. L'interruzione della prescrizione è un fenomeno dove vi è un enorme discrezionalità del legislatore per costruire la vicenda che porta con sé lo smarrimento del tempo guadagnato prima della sua verifica, come abbiamo visto prima, nel paragrafo che riguardava l'esperienza comparata. Nondimeno, l'interruzione dovrebbe avere lo stesso fondamento, o per lo meno simile, a quello della stessa prescrizione, dato che, alla fine, il suo effetto è uguale: il computo comincia un'altra volta. Questo fenomeno, invece, rimane vincolato alla scelta del legislatore, senza una guida dogmatica: il fenomeno non è troppo studiato in dottrina.



Ma, c'è di più. Se la colpevolezza non può costituire la ragion d'essere della recidiva, soltanto resta la pericolosità come spiegazione dommatica<sup>54</sup>. Precisamente, la pericolosità è stata contestata come forma incostituzionale, insuscettibile di fondare un giudizio di responsabilità.

Recentemente, ad esempio, la Corte Costituzionale ha avuto l'opportunità di riferirsi alla pericolosità. Così, il Tribunale ribadisce che l'offensività è un principio cardine della dommatica del reato<sup>55</sup>, sebbene la sentenza si premuri di non estendere questo ragionamento alla recidiva<sup>56</sup> con l'argomento che questa deve essere accertata in concreto attraverso una relazione qualificata tra i precedenti e il nuovo reato, relazione che sia in grado di rivelare un sintomo sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale. Ma, in realtà, l'argomento è troppo debole<sup>57</sup>. L'aggravante di clandestinità è, pure, una presunzione di pericolosità e, secondo il considerato 5 nel diritto penale una presunzione del genere può comportare una violazione al principio d'offensività. Oltre a ciò, la legge ex-Cirielli, con il suo atteggiamento orientato a vietare la facoltatività del giudizio di valutazione della recidiva, per lo meno nel caso della recidiva obbligatoria, ex art. 99 comma 5, e anche con un tetto minimo d'aumento, pare, precisamente, una presunzione automatica di pericolosità<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, p. 677. È interessante la sua spiegazione del fenomeno della recidiva, dato che coincide con l'idea che, alla fine, sia impossibile collegare recidiva e colpevolezza, per lo meno in un diritto penale del fatto: "La recidiva viene, invece, valorizzata dalle concezioni soggettivistiche del diritto penale. In un *diritto penale della volontà* essa esprime una volontà antiggiuridica persistente, una colpevolezza d'inclinazione, una colpa d'autore, che giustifica una maggiore retribuzione punitiva".

<sup>55</sup> Corte Cost., sentenza n° 249, 2010. La sentenza, che si riferisce alla aggravante di clandestinità, prescrive, secondo il considerato 5, che "l'aggravante di cui alla disposizione censurata non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono singoli reati".

<sup>56</sup> *Idem*, considerato 10: "Il recidivo è dunque un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale".

<sup>57</sup> VIGANÒ F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* in *Giur. cost.* 2010, 4, pp. 3017-3030, p. 3028.

<sup>58</sup> V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, p. 178.

#### CAPITOLO IV

La pericolosità anche ha ricevuto una dura sconfitta dall'altro lato del mondo. La *Corte Interamericana de Derechos humanos* ha respinto la categoria della pericolosità come legittimo fondamento di un giudizio penale, precisamente, per il contenuto di diritto penale d'autore che presenta<sup>59</sup>. Che questo giudizio si possa estendere alla recidiva è probabilmente questione di tempo<sup>60</sup>.

In questi casi, ritengo che si possa parlare con molta sicurezza di una vera “giustizia di classe” e per questo motivo da respingere automaticamente in qualunque Codice penale.

---

<sup>59</sup> Corte Interamericana de Derechos humanos, *Caso Fermín Ramírez contra Guatemala*, 20 junio 2005, considerato in diritto n° 95: “La valutazione della pericolosità del soggetto coinvolge l'accertamento del giudice delle probabilità che l'imputato commetta reati nel futuro, cioè, aggiunge all'imputazione per i fatti commessi, la preveggenza dei fatti futuri che, probabilmente accadranno. Con questa base viene estesa la funzione punitiva dello Stato. Alla fine, si punirebbe il soggetto – addirittura con pena di morte – non riguardo a quello che ha fatto, ma attraverso quello che il soggetto è. Non vi è bisogno di soppesare questo ritorno al passato, assolutamente inaccettabile dalla prospettiva dei diritti umani”.

<sup>60</sup> Così, J.L. GUZMÁN DALBORA, *Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal*, in G. Elsner, E. Malarino, e K. Ambos, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, pp. 335-370.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO

- ANTONIONI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990.
- BARAZZETTA A., *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di) *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, pp. 159-191.
- BARTOLO, Voce *Prescrizione del reato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988.
- CABEZAS C., *Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal*, in *Política criminal*, n° 16, 2013, pp. 386-407, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A2.pdf)
- CASTILLO I., *Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)*, in *Política criminal*, n° 15, 2013, pp. 249-313, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_15/Vol8N15A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A7.pdf).
- CORDERO F., *Manuale di procedura penale*, 7ª edizione, Milano, 2003.
- DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia. RIDPP*, 2007, 505-545.
- DONINI M., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It*, 1998, V, pp. 317-336.
- GILI PASCUAL A., *La prescripción en el Derecho penal*, Elcano, 2001.
- GRISCH D., *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zurigo, 2006.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal*, in G. Elsner, E. Malarino, e K. Ambos, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, pp. 335-370
- HÖRNLE T., *Sollen Verjährungsfristen für den sexuellen Missbrauch von Minderjährigen verlängert werden?*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol 157, n° 7, 2010, pp. 388-398.

#### CAPITOLO IV

- HORVITZ, M., LÓPEZ, J., *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Santiago, 2010.
- LORENZ M., *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934.
- MANTOVANI F. *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001.
- MATURANA C., e MONTERO R., *Derecho procesal penal*, vol. 1, Santiago, 2010.
- MELCHIONDA A, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"*, *RIDPP*, vol. 56, 2013, pp. 1292-1299.
- MESSINA G., *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell' "autore recidivo" rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, *RIDPP*, 2008.
- MITSCH W., §§78 ff., in W. JOECKS e K. MIEBACH , *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª edizione, Monaco, 2012., pp. 1453-1488.
- MOLARI, A., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov dig., it.*, 1966, pp. 679-707.
- MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Torino, 2008.
- NICHOLS L., *Contra non valentem*, in *Louisiana Law Review*, vol. 56, n° 2, 1996, pp. 337-362.
- NIEVA FENOLL J., *La prescripción penal y algunas de sus complejidades procesales*, in *La Ley*, n° 98-99.
- PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig., disc., pen.* 1995, pp. 659-670.
- PEDREIDA GONZÁLEZ F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004.
- PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale* in *RIDPP*, I, 2005, pp. 507-533.
- RAGUÈS Y VALLÉS R., *La prescripción de los delitos y las penas: una ocasión perdida* in SILVA SÁNCHEZ, J. M. (a cura di) *El nuevo Código penal; Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, pp. 220-242.
- ROMANO M., GRASSO G. e PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, 2ª edizione, Milano, 2011.
- ROXIN C., e SCHÜNEMANN B., *Strafverfahrensrecht*, 26ª edizione, Monaco, 2009.
- SILVANI S., *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009.

LA PRESCRIZIONE DEL REATO E IL SUO RAPPORTO CON IL PROCESSO

- SILVANI S., *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli*, in *DPP*, 2006, 3, pp. 301-314.
- STENBERG-LIEBEN D. e BOSCH N., §§78 ff. in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 23ª edizione, Monaco, 2010.
- TOMASELLO F., *Per una riforma della prescrizione; le opzioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, dicembre 2013, pp. 1-49, pp. 1 e ss.
- VENEGONI A., *Prime brevi note sulla proposta di Direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale, com(2012)363 (c.d. Direttiva PIF)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 settembre 2012, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1345455466Direttiva%20PIF.pdf>.
- VIGANÒ F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* in *Giur. cost.* 2010, 4, pp. 3017-3030.
- VIGANÒ F., *Riflessioni di lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo* in *Diritto penale contemporaneo* (sito web), p. 4, dicembre 2012, disponibile in [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni\\_de\\_lege\\_lata\\_e\\_ferenda\\_\\_su\\_prescrizione\\_e\\_tutela\\_della\\_ragionevole\\_durata\\_\\_del\\_processo/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni_de_lege_lata_e_ferenda__su_prescrizione_e_tutela_della_ragionevole_durata__del_processo/).
- VINCIGUERRA S., *A proposito del rapporto fra la prescrizione c.d. del reato e la ragionevole durata del processo* in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 93-103.
- YUSEFF G., *La prescripción penal*, 3ª edizione, Santiago, 2009.

## CAPITOLO IV

## Conclusioni

1. La prescrizione del reato attualmente si trova davanti a sfide e problemi che coinvolgono un insieme di fattori, incidenti sul meccanismo estintivo, e che ne mettono in crisi la pertinenza nella società attuale almeno davanti a certe categorie di criminalità. Questi fattori hanno portato a diverse soluzioni dogmatiche e legislative, che non di rado difettano di una riflessione più profonda sul significato del tempo nel diritto in generale e nel diritto penale in particolare.
2. Il tempo nel diritto penale svolge diverse funzioni. Con riguardo alla prescrizione, è vero che il tempo può, ad esempio, essere oblio, decadimento dell'interesse sociale, forza che per se stessa indebolisce la sua necessità. Ma il problema è che esso non sempre svolge queste funzioni e, addirittura, a volte non le svolge affatto. Questo vuol dire che i classici fondamenti della prescrizione, di solito, non sono altro che formule sintetiche di concetti metaforici di difficile accertamento e non forniscono una spiegazione soddisfacente del fenomeno estintivo.
3. La storia della prescrizione fornisce spunti abbastanza chiari riguardo a come questo istituto ha svolto diverse funzioni nel corso del tempo. Questo vuol dire che è perfettamente possibile sostenere che l'umanità come fondamento della prescrizione è una idea odierna, mentre nel diritto romano e medioevale rispondeva più ad una esigenza di certezza del diritto, nonché una vera e propria funzione sanzionatoria contro la parte che sosteneva la pretesa punitiva. Infatti, se siamo d'accordo che il diritto penale moderno appare solo con la Rivoluzione francese, e che se non tutte, una buona parte degli istituti che gli appartengono hanno un'origine civilistica, allora non ci sono problemi ad ammettere che anche la prescrizione aveva gli stessi fondamenti, cioè un castigo per l'inazione della parte che sosteneva la pretesa. Ma

questo fondamento non può essere ammesso al giorno d'oggi dove le finalità e la struttura sia del diritto penale, sia del diritto processuale penale non sono le stesse.

4. Il fondamento della prescrizione è il principio di umanità, che non di rado si presenta come un fondamento residuale ed insieme ad altri. L'umanità come principio è l'unico che ci permette di spiegare il fenomeno prescrizione senza far leva su concetti metaforici, che non sono in grado di chiarirlo da soli. Infatti il tempo che dopo il suo decorso estingue il reato non ha come bersaglio la comunità, che potrebbe perfettamente non aver ancora dimenticato l'illecito, né gli organi della persecuzione penale, perché non si tratta di una sanzione contro la loro negligenza. Il rispetto della dignità esige che la giustizia umana, soprattutto quella che può far perdere o limitare diritti fondamentali, sia applicata in un termine ragionevole e pertinente.
5. La prescrizione del reato, al di là di una presunta natura sostanziale o processuale, è sottoposta al principio di legalità e, quindi, al divieto di retroattività della legge più severa. Da un lato, lo spartiacque proposto dalla dottrina che difende sia una, sia l'altra posizione dogmatica, è stato giustamente criticato in quanto artificiale; è attualmente molto difficile sostenere una natura *x* ovvero *y* dell'istituto. Dall'altro, se si tiene conto del corretto principio fondante della prescrizione, cioè l'umanità e la tutela dell'affidamento come una derivazione di questo principio, si deve concludere che la legalità e le sue conseguenze abbracciano la materia prescrizione. Infatti, se la prescrizione è orientata a non mantenere un soggetto eternamente perseguibile dalla giustizia punitiva, un cambiamento delle regole del gioco durante un decorso già iniziato, che esprima un allungamento del termine, si allontana da una concezione oggettiva di affidamento, pilastro del principio di legalità stesso.
6. L'imprescrittibilità, diventata oggi un dogma e norma positiva per alcune categorie di reato, ha bisogno di un ripensamento se confrontata con il fondamento proposto



in questo lavoro, cioè, l'umanità. Si potrebbe argomentare che il diritto penale internazionale ha delle finalità, delle caratteristiche ed un fondamento diverso, che si ripercuotono poi sulla prescrizione come circostanza che estingue il reato. Ma non è del tutto chiaro. La storia recente dimostra a mio avviso che l'imprescrittibilità non è stata originalmente un vero dogma, bensì una misura necessaria per affrontare la persecuzione della criminalità di Stato. Ma questo non significa che non ci siano altre misure alternative all'imprescrittibilità che possano produrre un effetto simile e comunque rispettoso dell'umanità degli autori dei reati, come la sospensione per tutto il decorso dello "stato di eccezione", in cui non c'era affatto la volontà di perseguire la criminalità di Stato, così come avvenuto originariamente in Germania.

7. La sospensione della prescrizione del reato si fonda su un sempre delicato bilanciamento tra il principio di umanità e i legittimi bisogni della giustizia punitiva. Da questa prospettiva possiamo sostenere che la sospensione, orientata a fornire più tempo per svolgere l'indagine ed il processo – essendo parte del meccanismo prescrizionale - si fonda sul principio di umanità ma anche, in linea di massima, sul principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*, di origine civilistica. Questa conclusione non deve condurre all'errore di affermare che la prescrizione conserva la stessa sfumatura privatistica, perché risponde più ad un principio dell'intero ordinamento giuridico (nessuno è tenuto a fare l'impossibile), che giustifica un allungamento temporale. In ogni modo, si tratta di un fondamento che non governa tutte le cause di sospensione, specie quelle che possiamo definire come "sospensione per causa del processo" come accade nel caso cileno ed in quello tedesco, riguardo almeno ad una circostanza sospensiva dello *StGB*, in cui unicamente per motivi di politica-criminale si ammette una circostanza eccentrica a questo principio. I progetti di riforma italiani si muovono entro un paradigma simile, anche se si tratta di un approccio diverso: il processo piuttosto che sospendere la prescrizione, fa finire quella propria del reato e ne fa nascere un'altra, quella del processo penale.

8. Il principio *contra non valentem agere* ha dei limiti, fissati dal principio di umanità. Il brocardo suggerirebbe, ad esempio, che ogni volta che fosse impossibile svolgere l'azione penale, la prescrizione dovrebbe fermarsi o semplicemente non nascere, spostando il *dies a quo* fino al momento in cui questa azione possa essere iniziata; cioè, fino al momento in cui il reato fosse scoperto o si fosse manifestato all'esterno. Ma in questo modo si dimenticherebbe il principio fondante della prescrizione, cioè l'umanità ed insieme a questo che nessuno ha l'obbligo di autoaccusarsi. Tuttavia, uno spostamento del *dies a quo* potrebbe essere ammesso in casi eccezionali e giustificati da certe condizioni della vittima del reato, perché se così non fosse si darebbe al soggetto agente un vantaggio ingiustificato. Così si è fatto nella legge penale tedesca, spagnola e cilena riguardo a reati contro persone di minore età, che cominciano a prescriversi solo dal momento in cui essi compiono 18 anni. È però importante ribadire che questa regola eccezionale si può giustificare solo se sussistono le condizioni di fatto presenti nel fondamento predetto; se nel caso concreto tale tutela rafforzata non è necessaria, allora è un obbligo tornare alle regole normali della prescrizione; altrimenti si porrebbe a rischio il principio di umanità e la prescrizione si potrebbe allungare indefinitamente.
  
9. La soluzione precedentemente citata, cioè uno spostamento del *dies a quo* come forma di sospensione per qualche categoria di reato, è stata proposta anche per la criminalità economica. Le difficoltà tecniche che comportano i *white collar crimes* e l'utilizzo dei tempi del processo come *escamotage* per evitare una condanna, giustificherebbero una soluzione simile; ma, i motivi che spiegano e in una certa misura motivano questo spostamento dell'inizio del computo della prescrizione non si presentano nella criminalità economica, che di solito ha come "vittima" lo Stato o, in ogni modo, qualcuno che non ha le stesse caratteristiche di un soggetto in una posizione di svantaggio evidente davanti all'autore del reato. Pertanto è necessaria ancora una riflessione molto più profonda su questo tipo di criminalità per arrivare all'affermazione della necessità di una modifica come questa.

10. L'interruzione, invece, difetta di qualsiasi fondamento razionale. Infatti, non risulta chiaro quale sia il motivo per cui un decorso iniziato debba perdersi. Nel caso del sistema di interruzione più moderno, cioè l'avvio del processo o qualche atto di esso, se siamo d'accordo che la prescrizione non costituisce una sanzione per l'inazione, allora l'esistenza di atti del processo dovrebbe essere ininfluenza per il termine che ancora decorre. Questo risultato non è diverso se si prende in considerazione un diverso fondamento della prescrizione, come la teoria dell'oblio sociale o della forza del tempo; al di là della loro falsità come fondamento della prescrizione, non forniscono nessun vero motivo per ammettere un sistema di interruzione. Come si può affermare che con un semplice atto del procedimento (la *notitia criminis*, la querela, ecc.) si "riaccende" l'interesse sociale verso la punizione del reato? Come si spiega che un atto di interruzione potrebbe eliminare del tutto il tempo trascorso, anche se mancasse solo un giorno per il perfezionarsi della prescrizione? D'altro canto, e come era stato evidenziato dal Carrara, un sistema di atti di interruzione potrebbe portare ad un allungamento del termine che faccia diventare la prescrizione un istituto vuoto, senza un reale significato. Questo si evidenzia tramite l'esistenza della "prescrizione assoluta", cioè di un termine, solitamente presente negli ordinamenti, che fissa un limite massimo che comprende sia quello originale, sia quello che scatta con l'atto interruttivo.
11. Ma, se questo sistema di interruzione non ha nessuna giustificazione, il sistema cileno, che si basa sulla recidiva, merita il più forte rifiuto. Se la recidiva diventa causa di interruzione, allora certi reati potrebbero diventare imprescrittibili per determinate categorie di soggetti, come accade nei fatti. Se utilizzata per altri casi, come in Italia dopo il 2005, l'effetto è molto simile, cioè, porta con sé l'ammissione di un sistema di giustizia di classe.



## BIBLIOGRAFIA GENERALE

- AGUILAR G., *Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno*, in *Ius et Praxis*, n° 2, 2008, pp. 147-205.
- AMBROSETTI E.M., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004.
- AMELOTTI, M., Voce *Prescrizione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 36-46.
- ANTONIONI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990.
- ARDIZZONE S., *Disciplina intertemporale della prescrizione dei reati e garanzie costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 3, luglio-settembre 2006, pp. 863-897.
- ARENDT H., *L'origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2009.
- ARNOLD J., *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de derecho*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 1999, pp. 307-340.
- BALMACEDA G., *La prescripción en el Derecho penal chileno*, in H. CORRAL (a cura di), *Prescripción extintiva*, Santiago, 2011
- BARAZZETTA A., *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di) *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, pp. 159-191.
- BARTOLO P., Voce *Prescrizione del reato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988.
- BEFELER G., *Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten*, Lipsia, 1851.
- BINDING K., *Handbuch des Strafrechts*, Lipsia, 1885.
- BLOY R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlino, 1976.
- BÖCKENFORDE E., *Zur verfassungrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes* in *ZStW*, n° 91, 1979, pp. 888-901.

- CABEZAS C., *Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal*, in *Política criminal*, n° 16, 2013, pp. 386-407, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A2.pdf)
- CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in G. INSOLERA, M. MAZZACUVA, M. PAVARINI e M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, vol. 1, 3° edizione, Torino, 2006, pp. 174-213.
- CALISSE C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia. Dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in E. PESSINA, ( a cura di) *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1906.
- CÁRDENAS C., *La implementación de los crímenes de competencia de la Corte penal internacional en la ley N° 20.357*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, n° 2, 2010, disponibile in <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art02.pdf>, p. 23-44.
- CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Prato, 1878.
- CASONATO C., *Introduzione al Biodiritto*, 2° edizione, Torino, 2009.
- CASTILLO I., *Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)*, in *Política criminal*, n° 15, 2013, pp. 249-313, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_15/Vol8N15A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A7.pdf).
- CATTANEO M., *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1990.
- CIMMA M.R., *Voce Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio* in *Dig. disc. priv.*, pp. 248-260.
- CORDERO F., *Manuale di procedura penale*, 7ª edizione, Milano, 2003.
- COSTA F., *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, 1924.
- COSTA P., *Pagina introduttiva: il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007 pp. 1-39.
- CURY E., *Derecho penal*, 2ª edizione, vol II, Santiago, 1992.
- CUSMANO E., *Voce Estinzione del reato e della pena*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 13, Roma, 1988, pp. 1-13.
- DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L., *El principio de humanidad en Derecho penal*, in *Eguzkilore*, n° 23, 2009, pp. 209-225.
- DE VILLERET B., *Traité théorique et pratique de la prescription en matière criminelle*, Paris, 1863.
- DELMAS-MARTY M., *Umanità, specie umana e diritto penale*, in *RIDPP*, 2012, fasc. 3, pp. 741-752.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*. *RIDPP*, 2007, 505-545.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.
- DONINI M., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It*, 1998, V, pp. 317-336.
- DONINI, M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- ENGISCH K., *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.
- ERDMANSDÖRFFER T., *Erläuterungen zum bayerischen Strafgesetze von 1861*, Monaco, 1862.
- ESER A., e BURKHARDT B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. di S. BACIGALUPO, e M. CANCIO MELIÀ, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ K. e SFERRAZZA P., *La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones a derechos humanos*, in *Estudios constitucionales*, n° 1, 2009, pp. 299-330.
- FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*. 5° edizione. Bologna, 2007.
- FISCHER T., *StGB*, 59ª edizione, Monaco, 2012.
- FOREGGER E., ed SERINI E., *Strafgesetzbuch*, Viena, 1988.
- FORNASARI G., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013.
- FRONZA E., *Il principio di complementarità*, in V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, E. AMATI, *Introduzione al diritto penale Internazionale*, Milano, 2010.
- FUENSALIDA A., *Concordancias y comentarios del código penal chileno*, vol. 1, Lima, 1883.

- GARCÍA PÉREZ O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 2007.
- GARRIDO MONTT M., *Derecho penal. Parte general*, vol. I, Santiago, 2001.
- GILI PASCUAL A., *La prescripción en el Derecho penal*, Elcano, 2001.
- GIMBERNAT E., *La prolongación del plazo de prescripción para el asesinato en la República Federal de Alemania* in *ADPCP*, vol 18, Fasc/Mes. 1, 1965, pp. 216-222.
- GIOSTRA, G., *La prescrizione: aspetti processuali* in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 79-91.
- GIUNTA F, e MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del proceso*, Torino, 2003.
- GRASSO B., *Voce Prescrizione (dir. privato)* in *Enciclopedia del Diritto Giuffrè*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 56-75.
- GRISCH D., *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zurigo, 2006.
- GROßFELD, B., *Zeit im Recht*, in *JS*, 2, 1991, pp. 17-36.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *Crímenes internacionales y prescripción* in *Temas actuales del Derecho penal internacional*, Montevideo, 2005, pp. 103-115.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *De la extinción de la responsabilidad penal*, in S. POLITOFF e L. ORTIZ, (a cura di), *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Santiago, pp. 410-487.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional*, in K. AMBOS e E. MALARINO (a cura di), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, 2006, pp. 171-195.
- GUZMÁN DALBORA J.L., *Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal*, in G. Elsner, E. Malarino, e K. Ambos, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Montevideo, 2010, pp. 335-370
- HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Monaco, 1990.
- HEINZE R., *Die Verjährung*, in OLSHAUSEN, J., *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das*



- Deutsche Reich*, Berlino, 1900.
- HENKEL H., *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo*, trad. J.L. Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 2008.
- HEPP C.F., *Commentar über das neue württembergische Strafgesetzbuch*, Francoforte, 1989.
- HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeine Grundlagen*, Berlino, 1925.
- HIS R., *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, vol. 1, Weimar, 1935.
- HONG Y., *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Francoforte, 2005.
- HÖRNLE T., *Sollen Verjährungsfristen für den sexuellen Missbrauch von Minderjährigen verlängert werden?*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol 157, n° 7, 2010, pp. 388-398.
- HORVITZ, M., LÓPEZ, J., *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Santiago, 2010.
- HUSSERL, G., *Recht und Zeit*, Francoforte, 1955.
- IGLESIAS RÍO M. A., *Caso de <<Los Albertos>>*, in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, (a cura di), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* Madrid, 2011, pp. 781-822.
- IMPALLOMENI G.B., *Il Codice penale italiano*, Firenze, 1890.
- JAKOBS G., *Derecho penal, Parte general*, trad. J. CUELLO CONTRERAS, e J.L. SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, 2a edizione, Madrid, 1997
- JESCHEK H-H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. II, Trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1978.
- JIMÉNEZ DE ASUA L., *Tratado de Derecho penal. Concepto de derecho penal y criminología. Historia y legislación penal comparada*, vol. 1, 3ª edizione, Buenos Aires, 1964.
- KANT I., *Critica della ragion pura*, Roma, 2010.
- KAUFMANN A., *Filosofía del Derecho*, trad. L. VILLAR BORDA e A. MONTROYA, Bogotá, 1999.
- KOVÁTS A., *L'interruzione della prescrizione in diritto penale*, in G., BATTAGLINI (a cura di) *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma, 1930, pp. 351-355.

- LAZO P., *La productividad de la ciencia jurídico-penal chilena*, in *Política Criminal*, n° 4, 2007, p. 1-3, disponibile in [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/d\\_4\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_4_4.pdf)
- LEMKE M., § 78 ff in U. NEUMANN, I. PUPPE, e W. SCHILD, *Nomos Kommentar*, Baden-Baden, 2010.
- LIPARI M., *Considerazioni sull'utilità e il danno dell'idea di umanità (parte prima)*, in *Politica del diritto*, n° 4, 2012, pp. 603-642.
- LIPPOLIS L., *Dai diritti dell'uomo ai diritti dell'umanità*, Milano, 2002.
- LISZT F., *Tratado de Derecho penal*, trad. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1929.
- LOBE A., *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*, Francoforte, 1978.
- LOENING R., *Die Verjährung*, in K. BIRKMAYER (a cura di), *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, vol. 1, Berlino, 1908, pp. 379-471
- LÓPEZ DE OÑATE F., *La certeza del diritto*, Milano, 1968.
- LORÉ E., *Aspektes des Vertrauensschutzes im Strafrecht*, Francoforte, 1996, p. 134
- LORENZ M., *Die Verjährung im Strafrechte*. Praga, 1934.
- LUCAS VERDÚ P., *Humanidad y derechos humanos*, in *Anuario de Derechos humanos*, n° 1, 2000, pp. 129-154.
- MAGGIORE G., *Principi di Diritto penale*, Bologna, 1951,.
- MALARINO, E., *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón*, in G. FORNASARI, ed E. FRONZA, (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento, 2009, pp. 31-98.
- MAÑALICH J.P., *Terror, pena y amnistía*, Santiago, 2010.
- MANTOVANI F. *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001.
- MANTOVANI F., *Diritto penale della libertà*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008.
- MANTOVANI F., *Principi fondamentali del diritto penale della libertà*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, pp. 390-401.
- MANTOVANI M., *La prescrizione della pena*, Torino, 2008.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 3, Torino, 1934.

- MAREK, E., §§ 57-60, in HÖPFEL, F., e RATZ, E., *StGB Wiener Kommentar*, Wien, Manzsche Verlag, 2011, pp. 1-36
- MARINUCCI G. e DOLCINI, E., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 4<sup>a</sup> edizione. Milano, 2012.
- MATUCCI G., *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Milano, 2009.
- MATURANA C., e MONTERO R., *Derecho procesal penal*, vol. 1, Santiago, 2010.
- MATURANA R., *Die Natur der Zeit*, in A. GIMMEL, M. SANDBOTHE e W. ZIMMERLI, (a cura di), *Die Wiederentdeckung der Zeit*, Darmstadt, 1997, pp. 114-125.
- MAURACH R., GÖSSEL K.H., e ZIPF H., *Derecho penal. Parte general*, trad. di J. BÖFFIL GENZCH, vol. II, Buenos Aires, 1995.
- MAYER M.E., *Derecho penal. Parte general*, trad. S. POLITOFF, Buenos Aires, 2007.
- MELCHIONDA A., *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"*, *RIDPP*, vol. 56, 2013, pp. 1292-1299.
- MERA J., *De la extinción de la responsabilidad penal*, in J. COUSO y H. HERNÁNDEZ (a cura di) *Código penal comentado. Libro I*, Santiago, 2011, pp. 709-739.
- MESSINA G., *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell' "autore recidivo" rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, *RIDPP*, 2008.
- MEYER-GÖBNER L., *StPO*, Monaco, 2013.
- MIHMAN A., *Juger à temps*, Paris, 2008,.
- MIR PUIG S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2009.
- MITSCHE W., §§78 ff., in W. JOECKS e K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2<sup>a</sup> edizione, Monaco, 2012., pp. 1453-1488.
- MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig., it.*, 1966, pp. 679-707.
- MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Torino, 2008.
- NACAR B., *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino, 2012.
- NAUCKE W., *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Francoforte, 1996.

- NAUCKE W., *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 1999, pp. 531-549.
- NAZARIAN E., *Der Beginn der Strafverfolgungsverjährung-§78a StGB*, Francoforte, 2009.
- NICHOLS L., *Contra non valentem*, in *Louisiana Law Review*, vol. 56, n° 2, 1996, pp. 337-362.
- NIEVA FENOLL J., *La prescripción penal y algunas de sus complejidades procesales*, in *La Ley*, n° 98-99.
- NOVOA MONREAL E., *Curso de Derecho penal*, tomo II, Santiago, 1966.
- OLIVER G., *¿Constituye un orden de prelación el listado de causas de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del "Código Procesal Penal?"* in *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n° 31, 2008, pp. 357-366.
- OLIVER G., *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, 2007.
- OLSHAUSEN J., *Kommentar zu den Strafgesetzen des Deutschen Reichs*, Berlino, 1892.
- OPPENHOFF F., *Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, Berlín, 1871.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, 9ª edizione, Milano, 2008.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale parte generale*, Torino, 2008.
- PANAGIA S., *Voce Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, pp 659-670.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 4ª edizione, Torino, 1967.
- PANZA G., *Voce Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, pp. 213-230.
- PARENTI P., *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino, 2011 Berlino, 2011, pp. 211-228.
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.
- PECORARO-ALBANI A., *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967.

- PEDREIDA GONZÁLEZ F., *Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales*, in *Revista de Derecho UNED*, num. 2, 2007, pp. 435-444.
- PEDREIDA GONZÁLEZ F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004.
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008.
- PEÑA S. e SANTIBÁÑEZ M.E., *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la ley 20.207* in *Microjuris*, 2, gennaio 2008.
- PÉREZ LUÑO A., *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, in *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 15, 2000, pp. 25-38.
- PERTILE A., *Storia del Diritto penale italiano*, vol. 5, Bologna, 1966.
- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, 3ª edizione, Napoli, 1871.
- PIETROBON V., Voce *Affidamento*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, pp. 1-6.
- PISA P., Voce *Prescrizione (diritto penale)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 78-98.
- POLITOFF S., MATUS J.P., e RAMÍREZ M.C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*. Tomo 1, 2ª edizione. Santiago, 2004.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, 4ª edizione. Torino, 2011.
- PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale* in *RIDPP*, I, 2005, pp. 507-533.
- RAGUÈS Y VALLÈS R., *La prescripción de los delitos y las penas: una ocasión perdida* in SILVA SÁNCHEZ, J. M. (a cura di) *El nuevo Código penal; Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, pp. 220-242.
- RAGUÈS Y VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004.
- RECASENS SICHES L., *Filosofía del Derecho*, México, 1961.
- RIVACOBBA M., *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la comisión redactoras*, Valparaíso, 1974.
- RIVACOBBA M., *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, 1991.
- RIVELLO P., *La rinunciabilità della prescrizione dopo un recente intervento della Corte*

- Costituzionale*, in *Legislazione Penale*, 1990, II, pp. 717-731.
- ROMANO M., GRASSO G. e PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, 2a edizione, Milano, 2011.
- ROMANO, M., “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e teoria del reato, in *RIDPP*, 1, 1992, pp. 39-53.
- ROXIN C., e SCHÜNEMANN B., *Strafverfahrensrecht*, 26<sup>a</sup> edizione, Monaco, 2009.
- RÜPING H., *Nationalsozialismus und Strafrecht*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, pp. 1007-1030.
- S. SILVANI, *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009.
- SAFFERLING C., *Internationales Strafrecht*, Heidelberg, 2011.
- SALIGER F., “§78 ff.”, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.U. PAEFFGEN, (a cura di) *NomosKommentar StGB*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2010.
- SALTELLI C., e DI FALCO E., *Commento teorico pratico del nuovo Codice penale*, vol. II, Torino, 1931.
- SAMBALE A., *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag*, Amburgo, 2002.
- SANTORO A., *Estinzione del reato e della pena*, in *Novissimo dig. it.*, vol VI, Torino, 1960, pp. 991-996.
- SATTA F., Voce *Irretroattività degli atti normativi* in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, pp. 1-7.
- SATZGER H., *Die Verjährung im Strafrecht*, in *JURA*, n° 6, 2012, pp. 433-443.
- SBRICCOLI M., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009.
- SCHMID, §78 ff, in H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN e K. TIEDEMANN, (a cura di), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlino, 2006.
- SCHÖNKE A., e SCHRÖDER H., §78 ff., in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Monaco, 2010.
- SCHWARZE F, *Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung im Strafrechte*, Erlangen, 1867.
- SCHWEISTHAL P., *Das bayerische Strafgesetzbuch von 1861*, Monaco, 1992.
- SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL, *Anteproyecto de Código penal de 2005*,

- en *Política Criminal*, n.1, D1, 2006, disponibile in [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf), pp. 1-92.
- SILVA SÁNCHEZ J. M., *¿Nullum Crimen sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho a la víctima al castigo del autor*, in *Derecho Penal y Criminología*, vol 29, numero 86-87, 2008, pp. 149-171.
- SILVA SÁNCHEZ J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edizione, Buenos Aires, 2010.
- SILVANI S., *Il Giudizio del Tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna, 2009.
- SILVANI S., *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli*, in *DPP*, 2006, 3, pp. 301-314.
- SILVANI, S., *Brevi note sulla riforma della disciplina della prescrizione del reato come proposta dal progetto c.d., ex-Cirielli*, in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 119-131.
- STENBERG-LIEBEN D. e BOSCH N., §§78 ff. in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 23ª edizione, Monaco, 2010.
- STENGLEIN M., *Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, Monaco, 1869.
- STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena* in *Dig. discp. pen.*, pp. 342-359.
- STORTONI L., *Voce Estinzione del reato* in *Dig. disc. pen.*, 1990, pp. 342-359.
- THOMAS J.A.C., *La prescripción de los delitos en el Derecho romano*, in *Revista de Derecho UNED*, n° 2, 2007, pp. 493-505.
- TIGANO V., *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca* in *RIDPP*, fasc. 4, 2010, pp. 1747-1786.
- TOMASELLO F., *Per una riforma della prescrizione; le opzioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, dicembre 2013, pp. 1-49, pp. 1 e ss.
- TRIGGIANO A., *Note sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione nel codice giustiniano*, in *TSDP*, vol. III, 2010, pp. 1-149.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012.
- VALENTINI V., *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta* in *RIDPP*, 3, 2005, pp. 1111-1159.

- VARGAS VIANCOS J.E., *La extinción de la responsabilidad penal*, Santiago, 1994
- VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001.
- VENEGONI A., *Prime brevi note sulla proposta di Direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale, com(2012)363 (c.d. Direttiva PIF)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 settembre 2012, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1345455466Direttiva%20PIF.pdf>.
- VIGANÒ F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* in *Giur. cost.* 2010, 4, pp. 3017-3030.
- VIGANÒ F., *Riflessioni di lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo* in *Diritto penale contemporaneo* (sito web), p. 4, dicembre 2012, disponibile in [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni\\_de\\_lege\\_lata\\_e\\_ferenda\\_\\_su\\_prescrizione\\_e\\_tutela\\_della\\_ragionevole\\_durata\\_\\_del\\_processo/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1955-riflessioni_de_lege_lata_e_ferenda__su_prescrizione_e_tutela_della_ragionevole_durata__del_processo/).
- VINCIGUERRA S., *A proposito del rapporto fra la prescrizione c.d. del reato e la ragionevole durata del processo* in C. BERIA DI ARGENTINE, (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, pp. 93-103.
- VOLK K., *L'influenza del diritto penale della Rivoluzione francese e dell'impero sulle codificazioni tedesche*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, pp. 54-71.
- VOLTERRA E., *En torno a la prescripción del delito en Derecho romano*, in *Revista de Derecho UNED*, n° 2, 2007, pp. 477-491.
- WINKLER G., *Zeit und Recht*, Viena, 1995.
- YUSEFF G., *La prescripción penal*, 3ª edizione, Santiago, 2009.
- ZAFFARONI E., *Humanitas en el derecho penal*, in *Cahiers de defense sociale*, 2011-2012, pp. 7-24.
- ZILLI M, GIRAO MONTECONRADO F., e ROCHA DE ASSIS MOURA, M., *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de direitos humanos*, in *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino, 2011, pp. 403-433.



## Ringraziamenti

Dopo tre anni di lavoro all'estero (intendo, all'estero del mio paese) le persone che devo ringraziare sono tante, forse troppe. Innanzitutto il mio tutor, il Professore Gabriele Fornasari dell'Università di Trento, per gli insegnamenti, i consigli, la guida e la qualità umana. Poi, estendo i ringraziamenti ai miei colleghi di diritto penale dell'Università di Trento. I primi posti in quest'elenco sono occupati, senz'altro per Ilaria Marchi, Federica Iovene e Daria Sartori, colleghe e amiche che hanno iniziato con me il dottorato e mi hanno accompagnato in tutto questo lungo percorso; grazie per la pazienza infinita con questo collega sudamericano, specie quando l'italiano era (era?) ancora un problema. Sempre nell'area del diritto penale ringrazio Emanuele Corn, la prima persona che ho visto sui gradini della stazione di Trento, un lontano e freddo dicembre del 2010; Elena Maculan, Elena Mattevi, Sergio Bonini, Roberto Wenin, Chiara Bongiorno, Elisa Garzon, Flavia Betti, Francesca Pesce, Raffaella Dimatteo e tanti altri; per tutti loro un abbraccio. Ma non solo la cattedra di penale mi ha regalato delle persone che devo ringraziare. Si trova in un posto di onore la mia collega e amica dell'area di diritto costituzionale Elisabetta Pulice; grazie per la pazienza, l'amicizia e il tè. Anche dell'area del diritto pubblico i miei ringraziamenti si estendono a Flavio Guella e Simone Penasa. Di altre cattedre e atenei non posso dimenticare Alvisè Schiavon, Ivan Cardillo, Rossana Ducato, Lorenzo Pelle, Elena Mitzman, Lucia Busatta, Marta Tomasi, Fulvio Cortese, Adriano Brito di Assis, Carina Alcoberro, Silvio Cuneo e Roberto Flor, che in diversi momenti sono stati con me.

Ringrazio l'Università di Trento per avermi dato l'opportunità di studiare nelle sue aule; anche i docenti dell'Università di Antofagasta e particolarmente l'ex-decano della Facoltà di Scienze Giuridiche, Dr. Patricio Lazo per la fiducia; senza loro non sarei mai potuto arrivare qui; gli stessi ringraziamenti per i miei colleghi della Facoltà cilena, Luis Varela, David Cuba, Enrique Letelier e Yenny Pinto.

Ringrazio anche il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* della città di Friburgo e le persone che lì lavorano silenziosamente per lo sviluppo del diritto penale e dove ho avuto la fortuna di soggiornare per quasi sei mesi.

Non posso qui non ringraziare il professore, Dr. José Luis Guzmán Dalbora, maestro del diritto penale. Grazie lui ho intrapreso la strada, difficile, ma sempre bella de la “disciplina dolorosa” e della scienza giuridica. Spero essere all’altezza.

Infine, ma sempre in primo luogo ringrazio mia madre, Nancy Cabezas, per essere madre ma anche amica; e soprattutto ringrazio Nally Navarro. Senza la sua fiducia, tenerezza, amore e per portare sempre la primavera con lei, questo traguardo non sarebbe stato mai raggiunto. Questo lavoro è anche tuo; questo sei anche tu.

Antofagasta, 31 gennaio 2014.

